

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO

JUAN SANDE CRUZ MATTOS FILGUEIRAS

**PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: INSTRUMENTO DE ESTIMULO À EFICIÊNCIA E
SEGURANÇA JURÍDICA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.**

SALVADOR-BA
2018

JUAN SANDE CRUZ MATTOS FILGUEIRAS

**PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: INSTRUMENTO DE ESTIMULO À EFICIÊNCIA E
SEGURANÇA JURÍDICA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.**

Projeto de Trabalho de Conclusão do Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Bahia como requisito
parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Durval Carneiro Neto

SALVADOR-BA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

JUAN SANDE CRUZ MATTOS FILGUEIRAS

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: INSTRUMENTO DE ESTIMULO À EFICIÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em de dezembro de 2018.

Banca Examinadora

Prof. Durval Carneiro Neto – Orientador Professor da Universidade Federal da Bahia
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia

Prof. Felipe Jacques Silva – Professor da Universidade Federal da Bahia Mestre em
Direito pela Universidade Federal da Bahia

Prof. Tiago Silva de Freitas – Professor da Universidade Federal da Bahia Mestre em
Direito pela Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço à minha família pelo apoio incondicional em todos os momentos de minha vida, sobretudo, no caminhar desta jornada acadêmica.

Agradeço ainda, ao meu orientador, Prof. Durval Carneiro Neto, pela sua atenção e pela disponibilização do material necessário ao desenvolvimento do presente trabalho.

RESUMO

O presente trabalho visa explicitar a PPP como um instrumento capaz de estimular a eficiência e a segurança jurídica na prestação de serviços públicos, considerando a falta de capacidade técnica e financeira do Poder Público para o desenvolvimento de projetos e empreendimentos de grande vulto, necessidade esta decorrente do aumento exponencial das demandas sociais nas mais diversas áreas (infraestrutura, educação, saúde, etc.). Diante de tal quadro, a PPP não surge como um fim em si mesmo, mas como uma possibilidade ao desenvolvimento da infraestrutura nacional, desde que provida dos mecanismos de gestão contratual adequados, que garantam tanto a promoção do bem público quanto a atratividade ao setor privado.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Parceria Público-Privada. Eficiência. Segurança Jurídica. Serviços Públicos.

ABSTRACT

This paper aims to make explicit the PPP as an instrument capable of stimulating efficiency and legal security in the provision of public services, considering the lack of technical and financial capacity of the Public Power for the development of large projects, necessitated by the increase exponential growth of social demands in the most diverse areas (infrastructure, education, health, etc). Faced with such a framework, PPP does not appear as an end in itself, but as a possibility for the development of national infrastructure, provided that it is provided with adequate contractual management mechanisms that guarantee both the promotion of the public good and attractiveness to the private sector.

Key words: Administrative law. Public-private partnership. Efficiency. Legal Security. Public services.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. CAPÍTULO I: AS REFORMAS DO ESTADO A PARTIR DO SÉCULO XX.....	3
2.1. Nova Gestão Pública e a atuação do setor privado na prestação de serviços públicos.....	8
2.2. Origem e acepções do termo PPP.....	12
2.3. As experiências internacionais de parceria.....	15
2.4. A parceria público-privada no Brasil.....	17
3. CAPÍTULO II: METODOLOGIA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO ESPECIAL DISCIPLINADOS PELA LEI 11.079/2004.	21
3.1. Modalidades	22
3.2. Diretrizes e princípios.....	23
3.3. Vedações e cláusulas obrigatórias.....	25
3.4. Licitação.....	28
3.5. Mecanismos contratuais	30
3.5.1. <i>Repartição de riscos</i>	31
3.5.2. <i>Remuneração</i>	32
3.5.3. <i>Garantias</i>	34
3.5.4. <i>Arbitragem</i>	38
3.6. Sociedade de Propósito Específico.....	40
3.7. Órgão Gestor	41
3.8. Análise <i>Value For Money</i>	43
3.9. Críticas ao instituto.....	45
4. CAPÍTULO III: PARÂMETROS DE EFICIÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA NOS CONTRATOS DE PPP: UMA ANÁLISE DE CASOS.	53
4.1. Linha 4-Amarela do Metrô de São Paulo.....	53
4.2. O Hospital do Subúrbio de Salvador	57

5. CONCLUSÃO.....	62
6. REFERÊNCIAS	64

1. INTRODUÇÃO

No atual contexto da crise econômica que paira sobre o Estado brasileiro, a prestação de serviços públicos como dever do Poder Público previsto expressamente no art. 175, da CF/88, encontra diversas barreiras, sobretudo, diante da falta de capacidade técnica e financeira da Administração para a elaboração/execução de projetos de forma adequada e eficiente.

O aumento exponencial das demandas da sociedade por serviços básicos como saúde, educação e transporte, aliado à problemática orçamentária vivenciada nos últimos anos pelas entidades federativas, exige, por muitas vezes, a busca de colaboração do capital privado para a consecução dos interesses públicos.

As parcerias entre o setor público e a iniciativa privada, de forma geral, não é um fenômeno novo. Através de uma breve análise da evolução histórica do país, verifica-se uma constante alternância de ações de capitais público e privado no provimento das necessidades do Estado e da sociedade em geral, conforme o sistema econômico e situação político-social vigente.

No entanto, muitos dos projetos de interesse público não são considerados atrativos e seguros pelo setor privado a ponto de motivar o aporte de capitais necessário. A falta de garantias e divisão dos riscos nas modalidades de concessões comuns disciplinadas pela Lei 8.987/95, são uns dos fatores que desestimulam a atuação dos particulares, pois trazem inseguranças jurídicas e econômicas a estes contratos.

Diante desse quadro, a Parceria Público-Privada, instituída pela Lei 11.079/04 como modalidade de concessão especial, figura como uma alternativa para a cooperação entre o setor público e o privado na busca de investimentos para o desenvolvimento de serviços públicos e da infraestrutura nacional.

Amplamente utilizada nos dias atuais, a PPP pode ser considerada como um instituto que exemplifica uma das novas tendências no ramo do Direito

Administrativo, qual seja, a gestão em rede, marcada pela abertura à participação popular.

Nesse modelo de concessão especial em parceria, o privado financia o público, ao assumir a implantação e a operação do serviço concedido, estando os aportes de verbas públicas condicionados ao efetivo início da prestação do serviço e variável por vinculação ao atendimento de metas de desempenho, contudo, assegurados por um sistema de garantias contra a inadimplência do Poder Público.

Sendo assim, o instituto da PPP se apresenta como uma possibilidade de cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e a Administração Pública, dotado de um sistema de gestão contratual capaz de estimular a eficiência e a segurança jurídica na prestação de serviços públicos.

2. CAPÍTULO I: AS REFORMAS DO ESTADO A PARTIR DO SÉCULO XX.

Do ponto de vista histórico, pode-se dizer que a concepção do Estado brasileiro e da Administração Pública teve início com a chegada da família real portuguesa no Brasil, em 1808. Marco que a moderna historiografia convencionou chamar de “inversão metropolitana”, ou seja, quando o aparelho de Estado português, passando a operar a partir do Brasil, assume de fato as funções de metrópole e, por conseguinte, de Estado nacional.

O primeiro modelo administrativo vivenciado no país foi o patrimonialista, próprio dos Estados absolutistas europeus do século XVIII. Esse modelo retrata perfeitamente o modelo de governo no qual o Estado é a extensão do governante, e o patrimônio público confunde-se com o patrimônio do soberano. Na visão patrimonialista, a ideia de que a gestão pública deveria servir a população para satisfazer ou dar condições para que suas necessidades fossem atendidas era antagônica, ou seja, entendia-se que o Estado era uma entidade que deveria ter suas necessidades satisfeitas por meio do trabalho dos seus governados.

Neste período, o poder político era exercido pelo estamento aristocrático e a ocupação de cargos públicos tinha caráter pessoal. Os serviços públicos eram tidos como acessórios e a proteção do país era feita somente contra eventuais invasores.

Como consequência deste modelo, temos uma administração formada por funcionários indicados pelo governante e que atendem, obviamente, aos seus interesses pessoais. A corrupção e o nepotismo são inerentes a esse modelo administrativo, e os cargos são tidos como prebendas (ocupações rendosas e de pouco trabalho).

Após a Revolução Francesa, o ideário democrático expõe a necessidade de uma gestão pública profissional. Acrescente-se ainda o desenvolvimento do capitalismo que defende a distinção entre o mercado, sociedade e Estado. Diante deste contexto verifica-se a impossibilidade de manutenção da administração patrimonialista como modelo de gestão pública.

Conforme observa Dinorá Grotti:

No Brasil, o modelo patrimonialista de administração perdurou até o ano de 1930, quando na Era Vargas, o país passa por um processo de industrialização, que exige uma reforma estrutural do Estado, notadamente quanto uma maior participação política e melhor gestão dos recursos. Há também um movimento de descentralização do Estado, com a criação de autarquias, que ganhou grande incremento após a Revolução de 30, exercendo não apenas funções de índole administrativa, como também de natureza industrial ou comercial. Também nesse período teve grande voga a concessão a favor de pessoas privadas. (GROTTI, 2007).

Em 1936 começou a ser implantado no país o modelo burocrático de administração, com a reforma promovida por Maurício Nabuco e Luís Simões Lopes, que visava a racionalização da Administração Pública e a adoção de concursos públicos para provimento dos cargos.

A transição entre tais modelos é tratada por Luiz Carlos Bresser Pereira:

A administração pública burocrática foi adotada para substituir a administração patrimonialista, que definiu as monarquias absolutas, na qual o patrimônio público e o privado eram confundidos. Nesse tipo de administração o Estado era entendido como propriedade do rei. O nepotismo e o empreguismo, senão a corrupção, eram a norma. Esse tipo de administração revelar-se-á incompatível com o capitalismo industrial e as democracias parlamentares, que surgem no século XIX. É essencial para o capitalismo a clara separação entre o Estado e o mercado; a democracia só pode existir quando a sociedade civil, formada por cidadãos, distingue-se do Estado ao mesmo tempo em que o controla. Tornou-se assim necessário desenvolver um tipo de administração que partisse não apenas da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre o político e o administrador público. Surge assim a administração burocrática moderna, racional-legal. (PEREIRA, 1996).

O modelo burocrático, portanto, surge como forma de extirpar as práticas patrimonialistas e se baseia nos princípios da profissionalização, organização em

carreira, hierarquia funcional, impessoalidade, formalismo. Seus controles são formais e a priori. Como a ideia inspiradora desse tipo de organização é combater a corrupção e o nepotismo, parte-se de uma desconfiança prévia em relação aos administradores públicos. Daí a necessidade de procedimentos rígidos para seleção de pessoal, para celebração de contratos, para exercício do controle.

A implementação da burocracia na Administração Pública está inserida no contexto do pós-guerra, que é bem destacado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Após a Segunda Guerra Mundial, consolida-se o Estado Social, também chamado Estado do Bem-Estar. Diferentemente do Estado Liberal que pressupõe a igualdade entre os homens e a defesa das liberdades individuais, o que na prática produziu profundas desigualdades sociais, atribui-se então ao Estado, em sua nova concepção, o dever de intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos. Uma das tendências então verificadas foi a socialização, que não se confunde com socialismo, mas designa a preocupação com o bem comum, com o interesse público, em substituição ao individualismo imperante, sob todos os aspectos no período do Estado Liberal. (DI PIETRO, 2008).

A partir de então, verificou-se um crescimento desmesurado do rol de atribuições do Estado, que passou a atuar ao mesmo tempo como prestador de serviços, empresário e investidor. O grande acréscimo da máquina administrativa acabou por impossibilitar a eficiência nas tarefas desempenhadas pelo Estado e a burocracia passou a ser sinônimo de morosidade.

Além disso, com o tempo, foi observado na prática o surgimento das chamadas disfunções burocráticas: resistência a mudanças, rigidez e falta de inovação, apeço extremo as regras e não com resultado, excessiva formalização, e lentidão no processo de decisão. Os aspectos negativos da burocracia, também denominados na língua inglesa pela expressão "*Red Tape*", geraram a ineficiência do Estado na prestação dos serviços, agravada pelo volume de atividades e pela crise financeira que tiveram que enfrentar especialmente os países da América Latina.

No âmbito da implementação da burocracia no Brasil, foi criado, mediante

o Decreto Lei nº 579 de 1938, o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), que tinha a função de fornecer assessoria técnica ao Presidente da República na elaboração, execução e fiscalização do orçamento do país.

Após Getúlio Vargas ser deposto em 1945, o DASP perde força e a reforma burocrática, porquanto má implementada, passou a dar espaço para práticas clientelistas. A partir da década de 50, mais precisamente em 1956, dá-se início a um movimento de desburocratização do país, com a criação da Comissão de Simplificação da Burocracia (COSB), que tinha como objetivo definir formas de delegação de competência, fixar responsabilidades e aprimorar as contas públicas. Posteriormente também é criada a Comissão de Estudos e Projetos Administrativos (CEPA), que objetivava o auxílio ao congresso nacional em assuntos ligados à reforma. Ambos os estudos levaram ao Decreto Lei nº 200 de 1967, que foi efetivamente uma tentativa de uma nova reforma, buscando sanar o excesso de centralização administrativa no chefe do poder executivo e a ausência de coordenação nas ações do governo.

O planejamento, a descentralização, a coordenação e a delegação de autoridade são princípios que passam a nortear a Administração Pública. Nesse período constata-se uma expansão da administração pública indireta, com a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, que foram inicialmente concebidas para conferir maior flexibilidade e eficácia à máquina administrativa nos moldes operacionalizados pelas empresas privadas (GROTTI, 2007).

Trata-se de um momento “pós-burocracia”, cujo paradigma reside na busca pela eficiência e na desestruturação das malhas burocráticas má implementadas no país, que não conseguiram extirpar todas as práticas patrimonialistas e acabaram beneficiando somente o próprio aparelhamento e seus servidores. Inicia-se um movimento na busca por um novo modelo de administração.

Emerge na segunda metade do século XX, nas décadas de 70 e 80, o modelo do gerencialismo, que apresenta excelentes resultados em países da Oceania, como Nova Zelândia e Austrália. Tal movimento, contudo, não surge como negativa à burocracia, mas aparece como sua readaptação com vistas ao

melhoramento.

O contexto mundial de globalização e desenvolvimento tecnológico em que está inserido o gerencialismo é bem destacado por Di Pietro:

[...] a administração pública gerencial emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior. A eficiência da administração pública – a necessidade de restringir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário – torna-se então essencial. A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações. (DI PIETRO, 2008).

O gerencialismo é marcado por uma modificação do grau de intervenção do Estado como fenômeno mundial e pela adaptação da Administração Pública ao modelo de gestão do setor privado na busca de qualidade na prestação dos serviços.

A “Cultura Gerencial”, diferentemente do modelo burocrático, está preocupada com os resultados e não com os processos. Nasce perante uma complexidade crescente dos problemas sociais, que demanda uma maior autonomia, flexibilidade e participação social na gestão pública.

O primeiro país a adotar o Gerencialismo Puro foi a Inglaterra, durante o governo de Thatcher, em 1979. Predominantemente, as ações naquele momento voltavam-se para a redução de custos e aumento da eficiência dos serviços, reflexos de países que sofreram muito com a burocracia e com o alargamento do Estado. Há uma tendência de ajuste financeiro pelo enxugamento do aparelhamento estatal e uma lógica de atuação do Estado baseada na produtividade empresarial. Fala-se, portanto, em gerencialismo na essência do termo.

Entretanto, a excessiva redução de custos praticada no início do

gerencialismo começa a se apresentar como uma ação não democrática, que impacta diretamente na qualidade dos serviços. Tal fator implica em uma nova preocupação com o aumento da capacidade do Estado de atender a população, considerando a satisfação das necessidades dos usuários e não as da máquina pública. Eis que surge o Novo Gerencialismo, ou, a chamada Nova Gestão Pública.

2.1. Nova Gestão Pública e a atuação do setor privado na prestação de serviços públicos.

O *New Public Management* (ou Nova Gestão Pública) surge na década de 1980 e introduz a premissa da efetividade e a busca pela qualidade dos serviços prestados a sociedade, com a perspectiva de atendimento ao usuário, que também passa a ser considerado como cliente e, sobretudo, cidadão - atribuindo a este não somente direitos, mas também deveres.

Este novo modelo de gestão tem como premissas centrais a transparência, *accountability*, equidade, flexibilidade, planejamento estratégico, justiça e participação popular. Visa aproximar o cidadão do Estado dando a ele participação na formulação das políticas estatais.

Sob essa Nova Administração Pública, os serviços públicos são induzidos a perder sua forma burocrática, moldando-se pelas definições de competência mercantil, fomentada pela globalização e lógica capitalista de abertura dos mercados.

O papel do Estado, juntamente com o grau de sua intervenção na economia passa a ser amplamente questionado, porém é a partir da década de 90 que mudanças mais relevantes ocorrem com o programa de privatização, baseado na ideia de diminuir o tamanho do Estado por fatores de ordem financeira, jurídica e política.

As alterações efetuadas por conta da chamada Reforma do Estado levaram a um desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista, e a um redimensionamento de sua atuação como agente regulador da atividade econômica, constituindo-se a privatização e a desregulação nos dois remédios mais utilizados.

Tais mudanças têm como principais características a flexibilização dos monopólios estatais, a concessão de serviços públicos à iniciativa privada, as privatizações e a criação de agências de regulação para o exercício das funções normativa e reguladora da atividade econômica pelo Estado, tendo por fundamento a realização do interesse público a partir, principalmente, dos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da eficiência na administração pública (NETO, 2002).

Tal processo é bem tratado por Di Pietro, senão, vejamos:

Na América Latina, o processo de privatização, que aparece inseparável da ideia de reforma do Estado (ou reengenharia do Estado, como preferem alguns), desenvolve-se, de forma semelhante, em inúmeros países, como Chile, México, Bolívia, Argentina, Brasil, Uruguai, tendo sempre como objetivo diminuir o tamanho do Estado; de um lado, prestigiando a liberdade econômica, pela devolução da iniciativa privada ao administrado, pela desregulamentação, pela eliminação de monopólios, pela aplicação das regras da livre concorrência, reservando-se ao Estado as tarefas de incentivar e subsidiar aquela iniciativa, quando deficiente, bem como a de fiscalizá-la, para proteger o usuário e o consumidor e resolver os respectivos conflitos; de outro lado, buscando a eficiência nos serviços afetos ao Estado, pela aplicação de novas técnicas de prestação de serviços, menos formalistas, menos burocratizadas, reservando-se o regime publicístico para os serviços públicos típicos do Estado, e aplicando-se os métodos de gestão privada para as atividades em que a rigidez do regime publicístico se torna desnecessária (como ocorre com os serviços sociais, comerciais e industriais do Estado); isto se dá pela venda de ações de empresas estatais ao setor privado e pelas várias formas de parceria com a iniciativa privada, em especial a concessão de serviço público, para desempenho de atividades antes executadas pelo próprio poder público, diretamente, ou pelas entidades da administração indireta. (DI PIETRO, 2008).

Cumprido destacar que o conceito amplo de privatização abrange todas as medidas adotadas com objetivo de diminuir o tamanho do Estado, compreendendo, fundamentalmente: a desregulação; a desmonopolização de atividades econômicas; a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização e

desestatização) e a concessão de serviços públicos.

Embora seja muito utilizada em seu sentido estrito que nada mais é do que a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado, o conceito amplo tem a vantagem de abarcar todas as técnicas possíveis, já aplicadas ou ainda a serem criadas, com o mesmo objetivo já assinalado de reduzir a atuação estatal e prestigiar a iniciativa privada, a liberdade de competição e os modos privados de gestão das atividades sociais e das atividades econômicas a cargo do Estado.

Em nível nacional, o panorama das privatizações é iniciado a partir de 1990, com o Programa Nacional de Desestatização (PND), criado pela Lei 8.031/90.

O Estado brasileiro, então, passa a mudar sua forma de atuação como agente produtor de bens e serviços em determinados setores da economia, iniciando um longo processo de privatização das empresas estatais e intensificando a concessão de serviços públicos à iniciativa privada. (NETO, 2002)

Durante a administração do Presidente Fernando Henrique Cardoso inicia-se, a partir de 1995, a conhecida Reforma do Estado, criando o Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), responsáveis pelas diretrizes referentes à reforma administrativa do Estado. Foram promovidas privatizações, criação de diversas agências, além da Emenda Constitucional nº 19/98 – Emenda da reforma Administrativa.

O cenário negativo de crise fiscal, social e hiperinflação mostrava a necessidade de mudanças no modelo de gestão pública do país. Existia um consenso entre Estado e sociedade quanto à importância da modernização da administração pública, onde esta seria responsável pela prestação de serviços públicos de qualidade, prestados de forma eficiente, eficaz e com mais efetividade no atendimento das demandas da sociedade.

O então Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, após realizar um diagnóstico sobre a Administração Pública Brasileira apresenta um conjunto de propostas chamado de Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE). No contexto

da elaboração do Plano estava à crise de governança gerada pelo retrocesso burocrático advindo da Constituição de 1988 e a percepção de que o processo de globalização reduzia a importância do Estado. Porém, a ideia de estado mínimo não chegou a ser cogitada, pois a sociedade esperava que o Estado mantivesse a prestação dos serviços existentes, mas cobrava mais eficiência por parte da administração.

O Plano Diretor tinha como principal objetivo a implantação do modelo gerencial na administração pública brasileira. O projeto estava pautado em alguns pilares: ajuste fiscal duradouro; reformas econômicas voltadas para o mercado; reforma da previdência social e reforma do aparelho do estado, com vistas a aumentar sua “governança”, ou seja, sua capacidade de implementar de forma eficiente as políticas públicas.

Claramente o foco do PDRAE era a reforma administrativa, esta priorizou a descentralização dos serviços sociais, a autonomia administrativa, o aumento da responsabilização (*accountability*) e da transparência, e a busca pela gestão por resultados.

Faz-se ali uma distinção entre Reforma do Estado e Reforma do Aparelho do Estado, conforme leciona Di Pietro:

A primeira é um projeto amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira, enquanto a segunda tem um escopo mais restrito: está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania; é nesse segundo sentido que o assunto é tratado no Plano. E fica expresso que o Plano Diretor focaliza sua atenção na Administração Pública federal, mas muitas de suas diretrizes e propostas podem também ser aplicadas no nível estadual e municipal. (DI PIETRO, 2008).

A Reforma de 1995 buscou contribuir com o processo de modernização do Estado, reduzindo sua participação direta na prestação de serviços públicos. As novas formas de atuação do setor público passam a contemplar o reforço das funções regulatórias e de fiscalização, bem como a atração a iniciativa privada. Nesse

contexto, cresce a importância do desenvolvimento e da implementação de modelos inovadores que atraiam o setor privado para a oferta de serviços de utilidade pública.

2.2. Origem e acepções do termo PPP

O aparecimento do termo PPP remonta o surgimento de cooperações entre os setores público e privado, após a crise econômica mundial de 1970, que forçou uma aproximação destas esferas, visando a prestação de serviços públicos. A restrição orçamentária, a ineficiência da gestão estatal, os conflitos de interesse, entre outros motivos, fizeram com que o Estado se voltasse para os agentes privados, a fim de firmar parcerias que proovessem serviços de utilidade pública com qualidade e custos baixos.

A PPP nasce na Europa, mais precisamente no Reino Unido, como resultado de uma reforma na gestão pública da prestação dos serviços de utilidade pública. Tendo em vista os crescentes déficits públicos aliados à ideia de potencializar sinergias e economias com a utilização da *expertise* da iniciativa privada, verificou-se que a utilização desse tipo de parceria, em detrimento das formas tradicionais de contratação e prestação de serviços públicos, proporcionaria ganhos significativos para a sociedade em termos de qualidade dos serviços e eficiência dos recursos. (SHINOHARA; SAVOIA, 2008.)

Essa reforma promovida pelo governo inglês iniciou-se com um programa de incentivo ao investimento privado no setor público denominado PFI, entendido na época como uma alternativa à necessidade de investimentos, infraestrutura e indisponibilidade de capital do governo, haja vista que, naquele momento, a maioria das grandes companhias inglesas já havia sido privatizada durante as décadas de 1970 e 1980. A PFI implantava um novo modelo para serem realizadas as compras do Governo, bem como criava incentivos de suplementação tarifária nos contratos de concessões de longo prazo, com a finalidade de atrair recursos financeiros privados para o fornecimento de serviços públicos.

A partir de 1997, o programa inglês de parcerias foi aprofundado e renomeado *Public-Private Partnerships* (PPP), cujo objetivo era alterar a forma de

contração de serviços públicos de utilidade pública, introduzindo uma mentalidade de compra de serviços em vez de compra de obras. A experiência inglesa aprofundou-se bastante nos últimos anos, de modo que houve uma redução considerável na percepção do risco envolvido, permitindo o desenvolvimento de um histórico de experiências útil para a implementação de PPPs em outros países.

É importante frisar que muito antes de se falar em PPP (espécie do gênero parcerias), o poder público já se socorria da iniciativa privada para atender às demandas da sociedade por prestações (bens, serviços, utilidades) de interesse geral. E, desde há muito tempo, faz isso tentando associar os objetivos de interesse público (prover tais necessidades com continuidade e generalidade) com interesses tipicamente privados (interesses econômicos do particular em explorar uma atividade econômica, visando o lucro).

Conforme os ensinamentos de Floriano de Azevedo Marques Neto:

[...] sempre que o poder público recorre aos particulares para prover uma necessidade coletiva, se estabelece algum nível de parceria. Isso ocorre quando o Estado contrata, em singelo regime de empreitada, a realização de um serviço, obra ou fornecimento de interesses da coletividade; quando se associa a empresas ou entidades do terceiro setor para prover programa de interesse social; quando soma recursos públicos e recursos privados numa sociedade de economia mista; quando delega, mediante descentralização por colaboração, a prestação de serviços públicos; quando, no âmbito do tombamento de um bem, comete ao proprietário o dever de conservar seu valor histórico, paisagístico, etc. Em tudo isso há parceria, se a entendermos como o somatório de esforços que ao fim e ao cabo resulte em uma utilidade proveitosa para o interesse geral. (NETO, 2008).

Com efeito, o termo parceria público-privada comporta uma plêiade de significações, podendo relacionar desde as concessões e permissões comuns, até outros tipos de terceirizações, acordos-de-programa, termos de parceria, contratos de gestão, além de consórcios e convênios. Para Di Pietro (2008), a PPP em sentido amplo pode ser considerada como toda forma de associação entre os setores público e privado para a consecução de fins de interesse público.

Este entendimento também é compartilhado por Carlos Ari Sundfeld, senão, vejamos:

Em sentido amplo, parcerias público-privada são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral. Neste sentido, as parcerias se distinguem dos contratos que, embora também envolvendo Estado e particulares, ou não geram relação contínua ou não criam interesses comuns juridicamente relevantes (ex.: a simples venda, pelo menor preço, de bem dominical sem utilidade para a Administração). Nos contratos que, ao contrário, criem tais interesses e cuja execução se prolonga no tempo, surge o desafio de disciplinar a convivência entre os contratantes e de definir como se partilham as contribuições e responsabilidades para o atingimento dos objetivos, bem assim os riscos decorrentes do empreendimento.

Esse amplo espectro de parcerias inclui contratos muito conhecidos, como a concessão de serviço público regida pela lei nº 8.987, de 1995 (Lei de Concessões – LC) – que encarrega o particular de gerir lucrativamente um empreendimento público, sob a regulação estatal – e os mais recentes contratos de gestão com Organizações Sociais (OS) e termos de parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Pode-se mencionar também os diversos mecanismos, contratuais ou não, que viabilizam o uso privado de bem público, de forma onerosa ou gratuita, em atividade com alguma relevância social (instalação de nova indústria ou de escola comunitária, uso de marca de universidade pública por entidade de professores para venda de serviços de consultoria, etc.). Há o caso dos particulares que, por altruísmo ou por questões de imagem, assumem graciosamente encargos públicos. Há ainda os empresários que trocam benefícios tributários por compromissos de investimento. As variantes são quase infinitas. (SUNDFELD, 2005).

Já em sentido estrito, forma em que é designada pela legislação pátria, a parceria público-privada corresponde a um tipo particular de parceria entre um agente privado e um agente estatal, decorrente da decisão de terceirização da prestação de determinado serviço de utilidade pública. É possível dizer que, no Brasil, a PPP representa um método. Seria em última análise, uma nova roupagem atribuída a

instrumentos clássicos já utilizados pelo Poder Público, fruto de um esforço de aprimoramento da arquitetura de modelos contratuais existentes.

2.3. As experiências internacionais de parceria

A parceria público-privada foi idealizada inicialmente na Inglaterra, no início dos anos noventa, mais precisamente durante o governo de Margareth Thatcher, com o intuito de contornar a escassez de recursos do Estado. Assim, possibilitava o retorno dos investimentos nos setores de infraestrutura.

Na experiência inglesa, o setor público é responsável pela provisão de parte dos serviços, enquanto, o parceiro privado constrói e mantém a infraestrutura da obra, o que ocorre, por exemplo, na construção de hospitais, onde o Estado fornece o pessoal necessário para atividade-fim e o particular realiza a manutenção para o bom funcionamento da empreitada. Trata-se de um conceito de PPP bastante amplo, abrangendo não somente as chamadas PFI's, como também outras formas de articulação entre o setor público e o setor privado. Abrangem, assim, as privatizações, as terceirizações (*outsourcing*), as *joint ventures*, as chamadas *concessions* e uma gama variada de modalidades contratuais.

Após serem implementadas com sucesso em seu país de origem, os Estados-Membros europeus passaram a aderir amplamente a PPP na tentativa de aumentar a qualidade e eficiência dos serviços públicos, ante a insuficiência de recursos e das restrições de gastos do setor público e do desejo de acesso às eficiências do setor privado. Países como França, Itália, Irlanda e Holanda, adotaram as PPPs, obtendo êxito de acordo com os propósitos em que foram firmadas as parcerias.

Em Portugal, o programa de PPPs foi implementado a partir de 1997, sendo aplicado em uma série de setores, como hospitalar e de transportes rodoviário e ferroviário. O programa de PPPs em Portugal se iniciou a partir de uma decisão do Governo em promover uma alteração do papel do Estado na economia, considerando-se o elevado déficit público associado à necessidade de os esforços e recursos públicos se voltarem para outras prioridades.

As PPPs portuguesas propiciaram um dinamismo no desenvolvimento e na infraestrutura do país. Contudo, sofrem de algumas deficiências institucionais, tais como a ausência de uma regulação efetiva e até mesmo uma gestão eficiente de contratos. Com o intuito de minimizar estes aspectos, foram anunciadas algumas mudanças no plano institucional como a criação de unidades gestoras de PPPs. A importância dessa reforma jurídico-institucional ganha ainda mais importância diante do fato de que a Administração Pública portuguesa enfrenta problemas graves nas finanças públicas. Por este motivo, requer mecanismos alternativos de investimentos na infraestrutura, a fim de racionalizar os gastos.

Nos EUA a ideia de PPP não é só na prestação de serviços públicos, mas, também, na construção de infraestruturas. Este relacionamento, de profunda interdependência, entre o Poder Público e operadores privados, não necessariamente voltados para os lucros, traduz uma concepção particular de parceria e um tipo único de Estado de Bem-Estar e economia política.

Um dos principais motivos que levaram os EUA às PPPs foi a redução de custos, ausência de mão de obra especializada no setor público e expertise do setor privado, falta de suporte e apoio do Governo, excesso de procedimentos burocráticos, necessidade de implementação rápida de projetos e a necessidade de inovação e qualidade de serviços.

A forma mais expressiva de PPP nos EUA, para a prestação de serviços públicos, envolve o setor *non-profit*, representado pelas organizações não-governamentais ou não lucrativas. Trata-se de um modelo de parceria entre os Governos Federais, Estaduais e Locais, de um lado, e o setor *non-profit* do outro. Hoje, as PPPs estão sendo utilizadas nos setores de habitação, e desenvolvimento urbano, transporte, água e saneamento.

O Canadá é outro exemplo de país que já implementou a PPP, sendo que as PPPs não são modelos adotados apenas em países desenvolvidos, constituindo uma realidade importante nos países da Europa Central e na própria América Latina, destacando-se o México e o Chile.

Os países que adotaram o modelo de PPPs possuem características diferentes, que variam de acordo com as necessidades, com os recursos e com a cultura de cada país. Porém, existem características gerais, presentes nas variadas experiências internacionais com parcerias público-privadas.

Nesse sentido, Manuel Messias Peixinho afirma o seguinte:

No direito estrangeiro não há um modelo único de parceria público-privada. Ao contrário, proliferam modelos diferenciados a depender das características de cada país. As características mais importantes que definem o sistema de parcerias são as seguintes: pactuantes; relacionamento entre os parceiros; obrigações recíprocas; compartilhamento de riscos e responsabilidades; continuidade. As características gerais das parcerias público-privadas no direito estrangeiro são: tipo; foco no serviço; custo; inovação; alocação dos riscos. (PEIXINHO, 2010).

2.4. A parceria público-privada no Brasil

No Brasil, a parceria-público privada diz respeito a um conjunto específico de arranjos negociais entre o Poder Público e a iniciativa privada, com características atribuídas pela lei. Trata-se aqui da PPP em sentido estrito, ou seja, de um contrato peculiar que prevê uma série de práticas renovadas para a realização de empreendimentos e serviços públicos por meio da parceria com particulares.

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

Parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro. (JUSTEN FILHO, 2005).

As PPPs, no âmbito federal, foram disciplinadas pela lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004, que instituiu as normas gerais sobre contratação de parceria

público-privadas, ou seja: definiu as regras de observância obrigatória tanto para União, quanto para os Estados e Municípios.

Não obstante, o diploma legal supracitado não é o primeiro instrumento normativo no país a tratar do tema. Um pouco mais de um ano antes, em 16 de dezembro de 2003, era publicada a lei nº 14.868 do Estado de Minas Gerais (Lei Mineira de PPP), essa, a primeira a mencionar a terminologia e os conceitos e a primeira a instituir um programa de parceria público-privadas no país.

Conforme suscita Vera Caspari Monteiro:

[...] o modelo PPP de contratação não seria propriamente novo; do ponto de vista estritamente jurídico, já seria possível cogitar de sua aplicação a partir do arcabouço vigente da lei nº 8.987/95, o que teria sido feito pelas leis estaduais precedentes à lei federal. (MONTEIRO, 2005)

Sundfeld (2009) afirma que “ as PPPs teriam o objetivo de complementar a legislação existente no país para viabilizar contratos específicos que, por proibição legal ou insuficiência legislativa, não podiam ser anteriormente realizados.”

Tal instituto, no direito brasileiro, teria sido, portanto, moldado a partir do “chassi” das concessões de serviços públicos, mas com algumas alterações a fim de viabilizar os compromissos financeiros estatais de longo prazo.

Com efeito, a lei nº 11.079/2004, em seu art. 2º, definiu a parceria público-privada como o “contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.” Neste sentido, conclui-se que, conforme a taxonomia empregada pelo legislador federal, a PPP figura como uma espécie do gênero concessão.

O tema é tratado por José dos Santos Carvalho Filho:

À guisa de sistema, e para fins didáticos e melhor compreensão do instituto, torna-se imperioso formular o quadro atual em que se situam as concessões de serviços públicos. A classificação básica divide as concessões de serviços públicos em duas categorias: (1ª) concessões comuns; (2ª) concessões

especiais. As concessões comuns são reguladas pela Lei nº 8.987, de 13.2.1995, e comportam duas modalidades: (1ª) concessões de serviços públicos simples; (2ª) concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública. Sua característica consiste no fato de que o poder concedente não oferece qualquer contrapartida pecuniária ao concessionário; todos os seus recursos provêm das tarifas pagas pelos usuários. De outro lado, as concessões especiais são reguladas pela Lei nº 11.079, de 30.12.2004, e também se subdividem em duas categorias: (1ª) concessões patrocinadas; (2ª) concessões administrativas. As concessões especiais são caracterizadas pela circunstância de que o concessionário recebe determinada contraprestação pecuniária do concedente. Incide sobre elas o regime jurídico atualmente denominado de parcerias público-privadas. (CARVALHO FILHO, 2015).

Considerando-se tratar de um aprimoramento do modelo até então já existente de contratação da Administração Pública, a PPP teria ampliado o objeto das concessões comuns, abarcando atividades não necessariamente enquadráveis no conceito típico de serviço público, e teriam disciplinado a participação do Poder Público na complementação direta das tarifas pagas pelos usuários, amparando-a em um arranjo de garantias contra eventual inadimplência ou quebra de contrato.

Cumprido destacar que tais arranjos se justificam e estão vocacionados para setores em que seria inviável para o Estado prestar de forma direta o serviço e, cuja exploração pelo particular, não é capaz de produzir receita suficiente por meio de tarifas obtidas exclusivamente dos usuários.

As concessões tradicionais são utilizadas quando se trata de projetos economicamente viáveis, autossustentáveis do ponto de vista financeiro. Há casos em que implementação do projeto demanda o aporte de recursos fiscais, uma contraprestação da Administração Pública em caráter complementar ao montante arrecadado com a tarifa cobrada dos usuários. Isso ocorre quando a prestação de serviços ou a construção de obras de infraestrutura não for atraente para os agentes privados, devido à limitação dos ganhos passíveis de serem auferidos ou ao elevado nível dos riscos inerentes ao empreendimento. Nesses casos, têm lugar as parcerias público-privadas.

A crescente utilização desse tipo particular de parceria em detrimento de diversas outras formas de contratação e prestação de serviços de utilidade pública justifica-se a partir de benefícios gerados inerentes às suas peculiaridades.

3. CAPÍTULO II: METODOLOGIA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO ESPECIAL DISCIPLINADOS PELA LEI 11.079/2004.

Como bem destaca Floriano de Azevedo Marques Neto:

[...] a lógica de um contrato de parceria entre o poder público e o privado se assenta numa repartição de interesses e, por conseguinte, de riscos. Numa parceria não há uma parte (pública) que diz o que quer adquirir (definindo o que, como e quando) e outra que se dispõe apenas a fazê-lo nestes estritos termos, oferecendo apenas o preço que intenta receber. Subjaz a ideia de parceria que ambos os parceiros concorram para o arranjo mais apto a consagrar o interesse de ambos. Assim, imutável o objeto (entendido como resultado, utilidade final) alvitado pelo poder público, a concepção da forma, do modo pelo qual este resultado pode ser melhor obtido, envolverá o particular. Pensar em PPP como uma mera aplicação lógica da unilateralidade e plenipotência do Estado é negar o princípio de parceria. (NETO, 2008)

Neste sentido, a posição de prevalência, de autoridade, conferida à Administração no regime geral dos contratos administrativos não desaparece no regime das PPPs, mas sofre forte mitigação. Embora permaneça, como curadora do interesse público, com instrumentos de injunção determinante e prerrogativas assimétricas, o regime de parcerias admite uma mitigação do caráter de unilateralidade e de impositividade do poder público na relação contratual. Nos negócios jurídicos de PPP, há uma essência própria que os diferencia dos contratos administrativos em geral. Nesse tipo de ajuste, a fonte de direito e obrigações estará mais no próprio contrato de parceria do que decorrerá diretamente do regime legal, o que, por óbvio, não implica em dizer que estes contratos não se submetem às regras constantes da lei.

As vantagens potenciais apresentadas PPPs consistem na sua metodologia inovadora de relacionamento entre o Poder Público e a iniciativa privada. A sistemática dos contratos de concessão especial é baseada em diversos mecanismos particulares, que acabam por incentivar um comportamento do parceiro privado alinhado aos interesses do governo, mitigando custos relacionados a

comportamentos oportunistas, tanto por parte do parceiro privado como do parceiro público. O regramento desses ajustes e suas características serão tratados especificadamente a seguir.

3.1. Modalidades

Conforme dispõe o art. 2º, da lei 11.079/2004, a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

Os §§ 1º e 2º do referido dispositivo conceituam tais modalidades da seguinte forma:

Art. 2º [...]

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. (BRASIL, 2004)

A concessão patrocinada segue em linhas gerais o modelo de concessões de serviços públicos ou de obras públicas previsto na Lei 8.987/95, com a diferença que, além da tarifa a ser cobrada dos usuários, haverá uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Destinam-se a áreas de atuação estatal em que não seja viável a exploração econômica remunerada exclusivamente por meio de tarifas.

Já a concessão administrativa afasta-se do modelo de concessões típico da Lei 8.987/95, aproximando-se mais do contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. A diferença em relação aos simples contratos administrativos de prestação de serviço (Lei 8.666/93) dá-se em razão dos

altos investimentos que devem ser feitos pelo parceiro privado e amortizados pelo parceiro público ao longo do contrato.

Consoante Sundfeld (2005), as concessões patrocinadas já existiam juridicamente e, em virtude da Lei de PPP, passaram ser distinguidas das concessões comuns, nas quais não há adicional de tarifa. Enquanto que, a concessões administrativas foram inovações trazidas pelo novo diploma legal, como nova fórmula para a Administração obter serviços. Para o autor, existem dois tipos de concessões administrativas: a de serviços públicos e a de serviços do Estado, que se diferenciam basicamente conforme a atuação da Administração, aqui considerada como usuária direta ou indireta da prestação dos serviços.

Por fim, a distinção entre as modalidades de concessão especial também é tratada sob a ótica de José dos Santos Carvalho Filho:

Diversamente do que ocorre com a concessão patrocinada, a concessão administrativa não comporta remuneração pelo sistema de tarifas a cargo dos usuários, eis que o pagamento da obra ou serviço é efetuado diretamente pelo concedente. Poderão os recursos para pagamento, contudo, ter origem em outras fontes. Embora haja entendimentos que contestem esse tipo de remuneração exclusiva do Poder Público ao concessionário (tarifa-zero), domina o pensamento de que, tratando-se de modalidade especial de concessão, inexistente vedação constitucional para sua instituição, o que realmente nos parece acertado. (CARVALHO FILHO, 2015).

3.2. Diretrizes e princípios

As diretrizes a serem observadas na contratação das parcerias público-privadas estão dispostas no art. 4º da lei 11.079/2004. Além dos princípios gerais consagrados no ordenamento jurídico, a celebração do contrato deve observar alguns preceitos específicos, são eles:

I – eficiência no cumprimento das missões do Estado no emprego dos recursos da sociedade;

A eficiência, além de ser um princípio constitucional que norteia a atividade da Administração Pública, é a principal razão para a contratação da PPP, visto que a adoção dessa espécie de negócio jurídico só se justifica quando permite uma melhor alocação de recursos do que outras alternativas possíveis.

II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

Assim como na concessão comum, na PPP é estabelecida uma relação tripartite entre o Poder Público, o ente privado e os usuários do serviço. Desta forma, o dispositivo reforça a necessidade de cumprimento por parte da Administração Pública das obrigações pactuadas, a fim de resguardar o equilíbrio contratual.

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

Aqui é reforçada a indelegabilidade das funções típicas de Estado, que, portanto, são indelegáveis aos particulares nos contratos de PPP.

IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

A questão da responsabilidade se justifica porquanto a contratação a estrutura econômica do contrato implica comprometimento para pagamento das contraprestações públicas, de recursos públicos futuros.

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

Decorre do princípio da publicidade dos atos da Administração. A transparência na celebração das PPPs implica no acesso, por parte de qualquer interessado, ao conteúdo dos atos praticados nos procedimentos administrativos e decisões concernentes ao contrato.

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

A repartição objetiva de riscos é um elemento fundamental da PPP, pois serve para a fixação do preço por parte da iniciativa privada para a prestação do serviço diante dos riscos envolvidos na implementação do projeto.

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Por fim, a última diretriz, assim como a primeira, diz respeito a eficiência da contratação. A questão da sustentabilidade está relacionada à capacidade da Administração de cumprir as obrigações previstas no contrato no prazo estabelecido.

3.3. Vedações e cláusulas obrigatórias

As vedações aos contratos de parceria público-privada estão elencadas nos incisos I, II e III, do § 4º, do art. 2º, da lei 11.079/2004. Tais vedações demonstram a tentativa do legislador federal de evitar que as garantias contratuais das PPP sejam concedidas aos prestadores de serviços de maneira injustificada.

A primeira delas é o valor mínimo para a contratação, que legislação inicialmente definiu como sendo de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). “A razão para o “pisso” era justificada ao argumento de que as PPPs não deveriam ser usadas indiscriminadamente, em especial porque traduzem, sob certa ótica, endividamento público.” (FORTINI, 2018).

Outro ponto, não menos importante, é o fato de que a celebração desses negócios jurídicos só se justifica quando forem necessários investimentos relevantes para a prestação de serviço adequada. Tal valor, entretanto, impediam que muitos municípios celebrassem contratos de PPP, posto que tais entes são os mais impactados pela crise financeira e possuem menor capacidade de investimento.

Recentemente, a lei nº 13.529/2017 alterou o valor mínimo para celebração das parcerias público-privadas para R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). Segundo Fortini (2018), o principal objetivo desta redução consiste em aumentar a

celebração desses contratos por parte dos municípios, que há muito tempo vem sendo reclamada.

A segunda vedação diz respeito ao prazo de duração do contrato, que tem como prazo mínimo 05 (cinco) anos. Isto se justifica pela necessidade de tempo para amortização dos investimentos feitos pelo concessionários em empreendimentos de grande vulto.

Por fim, há vedações relativas ao objeto do contrato, quais sejam, realização de obra pública pura; compra e instalação de equipamentos; contratação de mão de obra. Tal dispositivo vem para reforçar o caráter peculiar das PPPs, que serão sempre contratos de prestação de serviços.

O art. 5º, da lei nº 11.079/2004, dispõe que o contrato de PPP, além de estar submetido às exigências do art. 23, da lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões), deverá conter obrigatoriamente as seguintes cláusulas:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

No contrato de PPP deverá obrigatoriamente constar o prazo de vigência compatível com a amortização dos investimentos realizados, que não pode ser inferior a 05 (cinco) anos, e nem superior a 35 (trinta e cinco) anos.

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

Deverão também ser previstas as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas. Tais cláusulas tem o propósito de incentivar o cumprimento do contrato e a sua máxima eficiência.

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

Está é outra disposição importantíssima, que diz respeito à distribuição dos riscos entre as partes, o que garante o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de PPP.

IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

Tratam-se dos reajustes tarifários e das revisões contratuais, que objetivam o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

A questão da atualidade da prestação dos serviços está intimamente ligada ao direito dos usuários, que exige uma estipulação de mecanismos de atualização do serviço contratado.

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

Exige-se a definição clara de todos os fatos que ensejam a inadimplência do contrato, tanto por parte do parceiro público quanto do parceiro privado.

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

Refere-se aos indicadores de avaliação do cumprimento do contrato por parte do parceiro privado.

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites

dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

Devem estar previstas no contrato as garantias de execução pelo parceiro privado, que devem ser suficientes e compatíveis com os riscos do empreendimento.

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

Diz respeito ao compartilhamento dos ganhos econômicos oriundos da diminuição dos riscos de créditos por conta de refinanciamento do projeto.

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

O contrato de PPP deverá conter uma lista com os bens reversíveis para que sejam evitadas demandas judiciais. Tais bens deverão ser indicados expressamente, assim como, as condições em que estes deverão ser entregues.

XI - o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2º do art. 6º desta Lei.

Por fim, o art. 5º determina que o contrato de concessão especial deverá conter o cronograma com as datas dos repasses ao parceiro privado das contraprestações estabelecidas.

3.4. Licitação

A licitação das PPPs é tratada nos arts. 10 a 13 da lei nº 11.079/2004, que

estabelece a modalidade concorrência para os certames que envolvem este tipo de contrato. O edital observará, no que couber, as disposições da lei nº 8.987/95 referentes à recusa de propostas inexequíveis e à preferência, em igualdade de condições, à proposta de empresa brasileira, ao conteúdo do edital, à participação de empresas em consórcio, ao acobertamento dos gastos administrativos com estudos e projetos.

Um ponto importante da licitação de uma PPP diz respeito quanto à necessidade de apresentação, como anexo do edital, do projeto básico. Assim como as concessões comuns disciplinadas pela lei nº 8.987/195, as PPPs não obrigam a definição do projeto básico ao órgão público contratante, podendo sua elaboração ficar a cargo do parceiro privado. Conforme Monteiro (2008), “nos contratos de concessão o projeto básico pode ser apresentado pelo particular no momento da licitação, cabendo, inclusive, considera-lo para fins de escolha e julgamento do certame.”

Na licitação as fases de habilitação e julgamento poderão ser invertidas, e, se o primeiro colocado for desclassificado, será examinado o segundo e assim sucessivamente. Entretanto, se o primeiro não for desclassificado, nem será avaliada a habilitação dos colocados seguintes. O julgamento ainda pode ser precedido por fase de qualificação de propostas técnicas, eliminando-se aquelas que não atingirem a pontuação mínima exigida.

Como critério de julgamento, poderão ser considerados, além dos estabelecidos na Lei 8.987/95, o menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração; e a combinação deste com o de melhor técnica, de acordo com o estabelecido no edital.

Sobre as propostas, explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

As propostas econômicas, dependendo do estabelecido no edital, poderão ser feitas por escrito em envelopes lacrados ou escritas seguidas de lances de viva voz, os quais serão efetuados na ordem inversa da classificação das propostas escritas. Se o edital assim o estabelecer, tais lances ficarão

restritos àqueles cujas propostas escritas não hajam excedido em 20% a melhor proposta. (MELLO, 2015).

Há ainda a possibilidade de o edital admitir o saneamento de falhas, complementação de insuficiências e correções de ordem formal, sendo necessário que sejam efetuadas dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

Por fim, a lei de PPP obriga o parceiro privado vencedor da licitação a constituir uma sociedade de propósito específico para executá-lo. A justificativa para criação de uma nova empresa com objeto social específico de implantar e gerir a parceria é tratada por Vera Monteiro:

A exigência está relacionada ao fato de se evitar a confusão de informações, sobretudo financeiras, entre o negócio jurídico objeto da PPP e outros porventura geridos pelo mesmo grupo econômico. Esta segregação é importante para facilitar a formatação de projetos financeiros, bem como para permitir uma melhor fiscalização do contrato de PPP. Outra razão para se obrigar essa segregação patrimonial decorre da necessidade de segurança aos agentes financiadores do projeto. Ter-se a execução do contrato por meio de SPE facilita a transferência da concessão, tanto pelo poder concedente quanto pelo agente financeiro (art. 9º, § 1º, Lei 11.079/2004), bem como a intervenção e o saneamento da concessão. (MONTEIRO, 2008).

3.5. Mecanismos contratuais

O sucesso dos projetos de PPP está intimamente ligado aos mecanismos contratuais dessa modalidade de concessão, que a diferencia dos demais contratos administrativos existentes. A flexibilidade contida neste tipo de parceria é superior aos demais instrumentos legais atuais, o que permite uma maior compatibilização entre os interesses das partes em prol de uma relação equilibrada e segura.

As parcerias público-privadas contêm uma sistemática contratual complexa, que requer definições precisas quanto ao modelo de investimento escolhido para cada projeto. A harmonização dessas disposições contratuais é uma

questão central na viabilidade da parceria e tem impacto decisivo no êxito e na eficiência da prestação do serviço concedido.

3.5.1. Repartição de riscos

A repartição objetiva de riscos, além de ter sido consagrada pela legislação como diretriz fundamental (art. 4º, VI, da lei nº 11.079/2004) e cláusula obrigatória nos contratos de PPP (art. 5º, III, da lei nº 11.079/2004), é um fator decisivo tanto na eficiência da prestação do serviço quanto no equilíbrio da relação entre as partes.

Conforme aponta Marques Neto, “[...] todo risco tem dimensão (e consequências) econômicas [...] Em cada relação jurídica há riscos que assumidos por uma parte se mostram economicamente mais vantajosos do que por outra.”

Diferentemente das concessões comuns disciplinadas pela lei nº 8.987/1995, onde o particular responde por todos os riscos inerentes à implementação do projeto, a lei de PPP inova no ordenamento pátrio, trazendo o conceito de risco compartilhado, inclusive, os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

A racionalidade desta partilha visa criar um ambiente mais seguro para investimentos do setor privado, minimizando os impactos dos diversos riscos inerentes aos projetos de grande vulto e, conseqüentemente, reduzindo os custos de financiamento.

A adoção de tal instituto é justificada por Daniel Shinohara e José Roberto Savoia:

Esse compartilhamento dos riscos justifica-se pelo fato de ambos os setores, privado e público, possuírem características particulares, as quais capacitam cada uma das partes a administrar melhor determinados riscos em detrimento de outro. Dessa forma, a alocação de certo risco para determinado parceiro deve ser feita considerando-se a habilidade desse parceiro em administrar o risco em questão, a fim de gerar a parceria mais eficiente possível. (SHINOHARA; SAVOIA, 2008).

Quando os riscos são atribuídos para os parceiros mais pertinentes, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é favorecida. Menos recursos serão utilizados para o planejamento dos riscos e, caso eles se efetivem, os gastos com ações de resposta também serão menores. Além disso, como o risco foi previsto e corretamente alocado, um eventual custo gerado pela ocorrência desse risco não poderá fundamentar um eventual pedido de reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato, o que é muito importante para a sua estabilidade.

Embora seja certo que esta alocação dependerá fundamentalmente da consideração das circunstâncias concretas, sendo inapropriada a alocação abstrata e prévia de riscos, o legislador arbitrou excepcionalmente a alocação de certos riscos contratuais à responsabilidade do parceiro público. É o que se passa com o (i) risco de inflação (transferido parcialmente ao usuário, em se tratando de concessão patrocinada); o (ii) risco de alteração unilateral do objeto (pelo poder concedente) e o (iii) risco de criação de novos encargos legais ou de modificação na alíquota de tributos (exceção feita à modificação nos impostos sobre a renda) que impactem os custos da PPP.

Além disso, a legislação estabeleceu a partilha entre as partes (em proporção a ser definida em contrato, o que decorrerá da liberdade de estipulação das partes) dos ganhos derivados da “redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado”, como determina o art. 5º, IV, da Lei 11.079/2004.

Não obstante, para os riscos em que houver possibilidade de contratação de seguro, a solução mais recomendada é que o risco seja alocado junto ao concessionário, visto que o seguro permitirá uma repartição social do risco de forma mais eficiente.

3.5.2. Remuneração

Outro ponto distintivo entre a PPP e os demais contratos administrativos é a forma de remuneração do particular pelo Poder Público. Tratando-se dos contratos administrativos típicos, a contrapartida devida ao particular é representada pelo preço

pago pela Administração pela obra, serviço ou fornecimento. Na concessão comum a remuneração é realizada mediante cobrança de tarifas dos usuários do serviço, somadas às fontes alternativas de renda previstas no art. 11 da Lei 8.987/95, que, podem incluir contraprestação não pecuniária feita pela Administração, nas modalidades previstas no art. 6º, III e IV, da lei nº 11.079/2004. (SUNDFELD, 2005).

Já nas PPPs, a remuneração do parceiro privado advém da receita obtida com a exploração do serviço mais uma receita advinda do Estado (modalidade denominada concessão patrocinada) ou apenas de pagamentos advindos do Estado (modalidade denominada concessão administrativa).

No campo remuneratório, as modalidades de concessão patrocinada e administrativa também se distinguem pela natureza da contrapartida pela Administração Pública.

Conforme dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei de PPP, para caracterizar a concessão patrocinada, deve haver obrigatoriamente por parte do setor público uma contraprestação pecuniária ao particular. Enquanto que, na concessão administrativa, a remuneração devida pela Administração não precisa ser necessariamente pecuniária, podendo ser realizada unicamente pelas formas alternativas previstas no art. 6º, da mesma lei, quais sejam: I – ordem bancária; II – cessão de créditos não tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V – outros meios admitidos em lei.

O tema é tratado por Floriano de Azevedo Marques Neto:

[...] na concessão administrativa, muito mais que na patrocinada, a contrapartida a que fará jus o particular poderá ter outras naturezas que não o pagamento em pecúnia. Com efeito, na concessão administrativa se aplicam, sem controvérsias, as demais hipóteses de contrapartida referidas no artigo 6º da lei nº 11.079/2004 [...] essas possibilidades se aplicam sem maiores controvérsias no caso das concessões administrativas, pois, no caso das concessões patrocinadas, a definição constante do art. 2º, § 1º, permite entender que a única contrapartida possível seria o pagamento em pecúnia. (NETO, 2008).

Não obstante, nada impede que, na concessão patrocinada, além da remuneração em pecúnia, haja também as outras formas de receitas já referidas.

Nos contratos de PPP a remuneração do particular pode ser vinculada ao seu desempenho (art. 6º, § 1º, da lei nº 11.079/2004), que deverá ser mensurado tomando como base padrões e metas de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. Esta é uma ferramenta importante de estímulo à eficiência na prestação dos serviços, visto que a receita do parceiro privado deverá ser proporcional à atividade por ele desempenhada.

Também pode ser previsto o aporte de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis, nos termos da lei nº 8.987/1995, desde que autorizado no edital de licitação, se contratos novos, ou em lei específica, se contratos celebrados até 8 de agosto de 2012.

O pagamento da contraprestação pela Administração Pública deve ser obrigatoriamente precedido da disponibilização do serviço objeto do contrato de PPP. É permitido, entretanto, a estipulação contratual de parcelamento do serviço e pagamento de contraprestação relativa à parcela disponibilizada. Importante ressaltar que a parcela do serviço disponibilizada deverá ser fruível (disponível para utilização) sendo ilegal a divisão do serviço em parcelas não sujeitas à fruição. (art. 7º, da Lei 11.079, de 2004).

3.5.3. Garantias

Originariamente, o sistema de garantias utilizado pelo Poder Público em suas contratações pautava-se na ideia de imprescindibilidade de garantias em favor da Administração, tendo em vista que eventuais problemas na execução do contrato não só afetariam o indivíduo, mas toda a coletividade.

A visão de que as garantias contratuais deveriam servir somente à Administração Pública é baseada no modelo de contrato administrativo disciplinado pela lei geral de licitações (8.666/1993), pelo qual a atuação do particular se limita à

adesão ou não daquilo que é imposto pelo setor público, sem qualquer tipo de garantia contra eventuais prejuízos. Este regramento que tem como finalidade única a proteção da Administração, é utilizado até hoje nas contratações ordinárias.

Não obstante, por conta da recorrente má gestão da máquina pública na condução dos contratos administrativos essa visão vem sendo desvirtuada. O descrédito do Estado em honrar suas dívidas e, quando honradas, passam pelo longo regime de precatórios, é um fator de desestímulo aos investimentos por parte da iniciativa privada nos empreendimentos de interesse público.

Verifica-se que o legislador na lei de PPP buscou criar um sistema de garantias diferenciado, que trouxesse segurança jurídica aos contratantes, baseado numa prestação recíproca de garantias contra eventuais prejuízos de ambas as partes e, conseqüentemente, atrair os investimentos do setor privado.

O sistema de garantias das parcerias público-privadas é mais aberto e traz mais equilíbrio na relação contratual, de forma que também prevê proteções ao particular contra o inadimplemento do Poder Público. Esse mecanismo, inclusive, é tratado pela legislação como cláusula obrigatória dos contratos de PPP (art. 5º, VIII, da lei nº 11.079/2004).

Cumprido destacar que a proteção dos investimentos do parceiro privado realizado através das garantias é fundamental nos contratos de PPP, pois considerando as instabilidades políticas do país, não haveria aporte de verbas pela iniciativa privada em contratos de longo prazo sem que houvesse a segurança jurídica necessária de amortização desses investimentos.

Nota-se também, que quanto maior for a contraprestação da Administração Pública nesses contratos, mais essencial será a garantia. Neste sentido, nos casos de concessão administrativa, onde a remuneração do particular é feita integralmente pelo setor público, as garantias são primordiais para a contratação.

Já nos casos de concessão patrocinada, se a contraprestação pública compor uma pequena parcela da remuneração do particular, a garantia terá menor importância.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Há previsão de três tipos de garantias para as parcerias público-privadas: (1) as garantias de execução do contrato, prestadas pelo parceiro privado ao parceiro público, que são as mesmas previstas na Lei 8.666/93, para os contratos administrativos em geral (art. 56, § 1º, com a redação dada pela Lei nº 11.079; (2) a garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público perante o parceiro privado, prevista no art. 8º da Lei 11.079 e abrangendo: vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal; instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; contratação de seguro-garantia junto a companhias seguradoras que não sejam controladas pelo poder público; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo poder público e garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal; com relação à vinculação de receitas e à instituição de fundo, merece especial menção parecer proferido por Kiyoshi Harada, publicado no Boletim de Direito Administrativo (São Paulo: NDJ, nº 3, p.308-315, mar. 2015); e (3) a contragarantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto, podendo abranger as seguintes modalidades: transferência, para financiadores, do controle da sociedade de propósito específico constituída pelo parceiro privado; possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública; legitimidade dos financiadores do projeto para receberem indenizações por extinção antecipada do contrato; possibilidade de recebimento, pelo financiador, de pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas. (DI PIETRO, 2015).

As espécies de garantias contra inadimplemento da Administração estão elencadas no art. 8º da lei de PPP, que dispõe:

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei. (BRASIL, 2004).

A primeira forma de garantia é a vinculação de receitas, que, conforme o disposto no inciso IV, do art. 167, da CFRB/88, não abarcam as receitas oriundas de impostos. Entretanto, as demais receitas, desde que não tenham destinação legal específica, podem ser dadas em garantia. Destaca-se que o direito do parceiro privado se limita a exigência da referida receita quando realizada, por outro lado, se a Administração não recebe a receita vinculada à contraprestação pública não haverá garantia a ser acionada pelo particular, posto que, embora a garantia vincule a despesa, não obriga a realização da despesa.

A segunda forma de garantia é a utilização de fundos especiais previstos em lei, definidos no art. 71, da lei nº 4.320/64. Sobre essa espécie, os ensinamentos de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado:

O fundo especial constitui patrimônio do próprio ente que o instituiu e não tem personalidade jurídica própria. Trata-se, sobretudo, de uma forma de planejamento e de execução orçamentária, por meio de vinculação de receitas a determinadas finalidades, com a característica adicional de permitir que, ao final do ano, o saldo não utilizado permaneça na conta do fundo e não retorne ao caixa único do Tesouro Nacional. (RIBEIRO; PRADO, 2007).

A diferença entre a utilização de fundos especiais e a vinculação de receitas consiste no fato de que a segunda pode ser estabelecida para um único contrato, enquanto o primeiro é criado para pagamento de contraprestações públicas dos contratos de PPP em geral.

Há ainda a contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras, que permite uma execução mais rápida e fácil, bastando, na maioria das vezes, o acionamento pela pessoa garantida. Outra forma de garantia é a garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras, exigindo-se apenas que a instituição financeira não seja controlada pelo Poder Público.

Quanto as garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade, ambas dependem de lei específica, sendo que o fundo garantidor da PPP é disciplinado nos arts. 16 a 21 da Lei 11.079/04, pelos quais é autorizado à União, suas autarquias e fundações públicas a criar e ser cotista do FGP, possuindo personalidade jurídica própria.

3.5.4. Arbitragem

A lei nº 11.079/2004 dispõe expressamente em seu art. 11, III, que a minuta do contrato administrativo, anexa ao instrumento convocatório, poderá prever o emprego de mecanismos privados de solução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Nota-se que o legislador buscou evitar eventual polêmica acerca da possibilidade de utilização da arbitragem como meio para dirimir conflitos nos contratos de PPP, tal como ocorreu inicialmente quando da interpretação do texto original do art. 23, da lei nº 8.987/1995, que, embora já permitisse a inclusão de cláusula relativa “ao modo amigável de solução das divergências contratuais”, não mencionava, de forma expressa a arbitragem. Mais tarde, em 2005, a Lei de Concessões foi alterada pela Lei Federal nº 11.196, que, dentre outras providências, incluiu o novo art. 23-A, dispondo expressamente a arbitragem como um exemplo de mecanismo privado de solução de conflitos.

Inicialmente a questão concernente à validade da inserção de cláusula compromissória em contratos administrativo foi muito debatida pela doutrina. Muitos autores como Luiz Roberto Barroso e Celso Antônio Bandeira de Mello se

posicionam no sentido de que os negócios jurídicos celebrados pela Administração Pública não poderiam prever a arbitragem como mecanismo de solução de conflitos, posto que o interesse público inerente a esses pactos não é disponível e, portanto, eventuais contendas acerca de contratos administrativos devem ser obrigatoriamente apreciadas pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, autores como Eros Roberto Grau e Caio Tácito, defendem a validade do emprego da arbitragem nos contratos administrativos, sob o fundamento de que tratando-se de direitos patrimoniais, em face dos quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, como por exemplo, as cláusulas econômico-financeiras de determinado contrato, ou, pagamentos vinculados à obra ou serviço, não faria sentido abarca-los dentro do conceito de indisponibilidade.

Superadas as discussões acerca da inconstitucionalidade do emprego da arbitragem com forma de solução de controvérsias que envolvam pessoas de direito público como parte, a jurisprudência e a doutrina vêm se inclinando pela compatibilidade do instituto, desde que, a contenda não envolva direito disponível.

A opção pela arbitragem vem sendo amplamente adotada, posto que o instituto traz diversas vantagens, como por exemplo, a *expertise* do órgão julgador, a confiança das partes nesse órgão, a celeridade e a desburocratização dos procedimentos, a fixação de prazo para prolação de sentença, ausência de duplo grau de jurisdição, o sigilo, entre outros.

Segundo Ribeiro (2007), a arbitragem, enquanto meio para solução de conflitos no âmbito de contratos administrativos, tem sido considerada uma alternativa apta a garantir celeridade. Assim, ao indicar especialistas as partes decidem as questões controversas que surgirem durante a execução desse contrato (que por definição tem uma duração de médio a longo prazo), tem-se o aumento da segurança jurídica, evitando que o parceiro privado incorpore os custos de transação jurídicos ao preço cobrado pelo parceiro privado, ricocheteando no Poder Público e usuário.

Tratando-se especificamente dos contratos de PPP, em que há compartilhamento de riscos e cooperação entre a Administração Pública e o particular, inclusive com maior equilíbrio e flexibilidade entre as partes, a adoção da arbitragem mostra-se apropriada nestas avenças. Não obstante, tendo em vista que o legislador não detalhou o procedimento a ser observado, é importante que os contratantes, caso optem pela arbitragem como forma de solução de conflitos, tomem o cuidado de definir algumas questões na própria cláusula arbitral.

3.6. Sociedade de Propósito Específico

O capítulo IV, da lei 11.079/2004, é dedicado à sociedade de propósito específico, que recebeu um tratamento especial pelo legislador. Diferentemente de como ocorre no regime das concessões comuns disciplinadas pela lei 8.987/1995, onde a constituição dessa sociedade é uma faculdade a cargo do poder concedente, desde que prevista no edital, no regime das PPPs, a constituição da SPE para implantação e gestão do objeto da parceria é obrigatória, conforme o art. 9º, caput, do referido diploma.

Segundo Mukai (2006), a SPE representa o instrumento legal da parceria público-privada, posto que deve ser constituída tendo como sócias a empresa vencedora da licitação e o órgão ou entidade que promove a parceria mediante licitação.

Existem algumas justificativas para que o vencedor da licitação constitua sociedade de propósito específico. A primeira delas é a facilitação do controle exercido pelo Poder Público sobre o cumprimento do contrato. Como bem ressalta Di Pietro (2008), “não há conveniência em misturar recursos públicos e privados, destinados uns e outros a finalidades diversas.” Outra questão diz respeito ao interesse do parceiro privado em isolar o exercício do serviço concedido das demais atividades por ele exercidas. Por último, a constituição de SPE apresenta vantagens ao investidor da PPP, que terá como devedor uma sociedade com atividades bem delimitadas e cujo controle poderá adquirir para reestruturá-la financeiramente.

A constituição da sociedade de propósito específico tem como principal objetivo a segregação de riscos e a ampliação da transparência de gestão. Isto porque uma empresa, se não atua em mais de um setor da economia, possui, no único setor que atua em negócios bastante diferentes. Desta forma, busca-se evitar risco de governança, pois os riscos de negócios distintos podem prejudicar a concessão.

Segundo Renata Fialho e Daniel Gruenbaum (2008), a definição do objeto social é cláusula obrigatória dos contratos de sociedade, porque define não só as atividades que serão por ela desenvolvidas, mas os limites dos poderes dos órgãos sociais.

O art. 9º, § 2º, da lei de PPP, dispõe que a SPE poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado. Enquanto que o § 4º veda a Administração Pública de ser titular na maioria do seu capital votante, a menos que, a entidade da administração que adquira a maioria do capital votante seja instituição financeira controlada pelo Poder Público e que tenha ocorrido inadimplemento de contratos de financiamento.

Ademais, a lei prevê a possibilidade de transferência do controle da SPE, exigindo apenas autorização da Administração Pública. Entretanto, deverá ser observada as exigências legais, previstas no art. 27 da Lei 8.987/95: “capacidade técnica do pretendente; idoneidade financeira e regularidade jurídica fiscal necessárias à execução do serviço e compromisso de dar cumprimento a todas as cláusulas do contrato em vigor”.

A exigência de capacidade técnica e idoneidade serão dispensadas quando os financiadores do projeto assumirem a execução, o que é criticado por alguns autores como Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

3.7. Órgão Gestor

O Comitê Gestor de Parcerias Público-Privada foi instituído pelo Decreto nº 5.385 de 4 de março de 2005, para regulamentar o art. 14, da lei de PPP. Conforme a legislação federal, o CGP é integrado por representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), na coordenação, do Ministério da Fazenda (MF) e da Casa Civil da Presidência da República, e tem como competência: I – definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada; II – disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos; III – autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital; IV – apreciar os relatórios de execução dos contratos.

Como estrutura de apoio, o CGP conta com a Comissão Técnica das Parcerias Público-Privadas (CTP), com representação setorial e funções de assessoramento técnico, e a Secretaria-Executiva, de apoio à execução dos trabalhos do CGP e da CTP.

Para a deliberação do CGP sobre contratação de PPP, o pedido deve ser instruído com pronunciamento prévio, fundamentado e conclusivo do MPOG, sobre o mérito do projeto, e do MF, quanto à forma da garantia a ser concedida ao empreendedor privado e a viabilidade de sua concessão, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao atendimento do limites fiscais e orçamentários previstos na Lei das PPP, que visam a cumprir os mecanismos de controle de endividamento público.

Destaque-se que todos os instrumentos de contrato, bem como suas alterações, deverão ser antes aprovados pelo CGP, o que inclui revisões tarifárias e da contraprestação pecuniária da Administração Pública. Requer-se especial atenção do controle sobre esse ponto, o que já ocorre com relação às concessões tradicionais, mas agora com foco não apenas na atuação das agências reguladoras, de quem se vê mitigada a competência para estabelecer ou homologar esses preços.

Como possui funções executiva, fiscalizatória e consultiva em relação aos contratos de concessão de que trata a Lei das PPP, o órgão federal de administração das parcerias deverá “prestar contas” ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas

da União por meio de relatórios anuais, em que deverá constar as atividades exercidas pelo órgão e o desempenho dos contratos de concessão.

Esse sistema de controle previsto pela lei é aplicável apenas para a União. Em razão de sua autonomia administrativa, estados e municípios devem se encarregar da criação de regras locais, que melhor atendam às suas necessidades e especificidades.

3.8. Análise *Value For Money*

A escolha de uma parceria público-privada como forma de prestação de determinado serviço público deve ser sempre baseada na melhor alocação dos recursos empregados e nos potenciais benefícios apresentados por esse tipo de arranjo negocial entre o Poder Público e a iniciativa privada.

Conforme lecionam Daniel Shinohara e José Roberto Savoia:

[...] a decisão de se utilizar uma PPP, em vez de outras formas de contratação tradicional, deve ser analisada sob o ponto de vista estratégico das vantagens socioeconômicas, isto é, considerando o governo uma empresa que visa à maximização da riqueza de seus acionistas (sociedade) – suas decisões serão aquelas que aumentem a eficiência do uso dos recursos públicos. (SHINOHARA, Daniel; SAVOIA, José Roberto, 2008).

A EC 19/1998 estabelece a eficiência como princípio norteador da Administração Pública no exercício de suas atividades. A prestação de um serviço público só pode ser considerada eficiente a partir do momento em que o processo escolhido para realizá-la permita o menor nível de consumo dos recursos disponíveis no menor intervalo de tempo e com a melhor qualidade possível dos produtos contratados.

Neste sentido, é essencial que a Administração realize uma análise objetiva e técnica, com critérios quantitativos e qualitativos, acerca da possibilidade de se utilizar uma PPP em detrimento de outras formas de contratação. Essa metodologia de avaliação é chamada pelos ingleses de *Value For Money*, e consiste em um

mecanismo capaz de comparar o uso mais eficiente dos recursos públicos na prestação de serviços à sociedade entre as diferentes formas legais existentes.

Cabe destacar que o uso do VFM não está restrito à comparação entre o modelo tradicional de concessão e contratos públicos (Lei de Concessões e Lei de Licitações e Contratos Públicos) e PPP. O seu uso também é passível de aplicação na comparação entre outras formas legais de prestação de serviços públicos, tais como a execução direta pelo Poder Público. Entretanto, a utilização do VFM, mesmo em âmbito internacional, é majoritariamente realizada em contratos de PPP, onde normalmente há exigência legal.

Deve-se levar em conta todos os aspectos relevantes do contrato, notadamente quanto a alocação de riscos equilibrada entre as partes, a adoção de mecanismos de pagamentos claros e objetivos e a qualificação e experiência do parceiro privado na realização do empreendimento contratado.

Outro aspecto importante é o exame da estrutura dos serviços, permitindo ao setor público definir suas necessidades com os produtos que venham a ser contratados, de forma que haja uma garantia quanto a efetiva, equitativa, e responsável prestação de serviços públicos ou de interesse público a longo prazo.

Nem sempre o *Value for Money* negativo é motivo para que um projeto de concessão por PPP seja descartado. É necessário avaliar também os benefícios não financeiros gerados por esse modelo de oferta de serviços que abrange a parceria entre o setor público e a iniciativa privada. A recomendação é que o VFM seja adotado antes da licitação e depois da adjudicação do processo licitatório. Dessa forma, haveria mais dados para a administração pública avaliar como o contrato pode ser gerenciado para proporcionar mais vantagens para o setor público e os cidadãos.

Usualmente, a análise do VFM consiste em uma avaliação de benefícios para a União, Estado ou Município decorrentes da escolha de determinada forma legal para um projeto ou serviço público, sendo esta avaliação dividida em duas partes: a Análise Qualitativa e a Análise Quantitativa. De um modo geral, a Análise Qualitativa procurar elencar e comparar elementos que subsidiem a escolha de uma forma legal

em detrimento de outra, enquanto que, a Análise Quantitativa, centra-se sob a análise de projetos por meio das projeções de fluxo de caixa trazidos a valor presente, para viabilizar a comparação entre os custos do fornecimento dos serviços no âmbito do governo e por meio do âmbito privado.

Nem todos os fatores que influenciam a conveniência do fornecimento de um determinado serviço público mediante contrato de PPP podem ser capturados pelas Análises Quantitativas. As estimativas de investimentos e custos operacionais em contratos de longo prazo estão sujeitas a considerável incerteza, especialmente nas circunstâncias em que os objetivos do governo são expressos por meio de metas e padrões de qualidade dos serviços, em vez de projetos básicos ou executivos, que possibilitariam a elaboração de orçamentos mais confiáveis.

Por esse motivo, quando da utilização do VFM para prestação de serviços públicos por organizações privadas, especialmente PPP, deve-se utilizar a Análise Qualitativa de modo a mitigar a incapacidade da Análise Quantitativa em mensurar todos os custos e benefícios envolvidos no futuro contrato. Essa mitigação se dá por meio da utilização de listas de verificação quanto a exigibilidade (enquadramento jurídico) do projeto ou serviço público a uma PPP, estudos de casos já executados e análises da competição pelo acesso ao mercado em questão.

Assim, a Análise Qualitativa possibilita a conclusão quanto à elegibilidade do projeto à contratação mediante PPP, ao êxito na celebração de parcerias no setor em questão e à presença de grupos empresariais com interesse e capacidade técnico-financeira para implantar o empreendimento e fornecer os serviços a ele associados.

3.9. Críticas ao instituto

O instituto da parceria público-privada é alvo de diversas críticas por uma parte da doutrina quanto aos modos de flexibilização do relacionamento entre o Poder Público e a iniciativa privada, como também, acerca de disposições específicas constantes na lei 11.079/2004, que, segundo alguns autores, padecem de inconstitucionalidade.

A primeira crítica é baseada no argumento de que a PPP permite o trespasse de obrigações do poder público para a iniciativa privada, ferindo o dever do Estado de prover certas necessidades coletivas. Não obstante, como bem aponta Floriano de Azevedo Marques Neto:

[...] não é por fazer coincidir a consecução de uma providência de interesse público com os interesses particulares (perspectiva do lucro) que a atividade deixa de ser de responsabilidade do Estado. Inexiste oposição essencial entre a oferta de uma prestação de interesse geral e sua legítima exploração privada. Mesmo sendo o provimento de uma utilidade de encargo do poder público, nada obriga que este provimento tenha de ser feito pelo ente estatal. (NETO, 2008).

Além disso, o interesse econômico privado não é a negação lógica do interesse público. Isto porque, a perspectiva de ganhos, de eficiência e de desenvolvimento e novos bens e serviços, trazem evidentes resultados positivos ao interesse público. Tais objetivos só serão contrapostos ao interesse geral quando impedem a fruição de determinada parcela da sociedade dos serviços prestados. Daí a importância da ação do Poder Público de regular proativamente a atuação dos agentes privados, não no sentido de excluir seus interesses, mas de fazê-los conciliar com o interesse público.

Outra problemática diz respeito a incongruência do instituto com o princípio da dignidade humana (art. 1º, da CF/1888). Contudo, não se pode ter em mente que um instituto que visa permitir ao setor público a melhoria dos seus serviços por intermédio da iniciativa privada, seja contrário à dignidade humana. O que fere tal princípio é na verdade a falta de capacidade do Estado em atender as necessidades da sociedade e garantir os princípios fundamentais.

Relativamente à concessão administrativa, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o que “a lei visa, na verdade, por meios transversos, não confessados, é a realizar um simples contrato de prestação de serviços – e não uma concessão – segundo um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado que o regime geral dos contratos”. O autor, assim, vislumbra que, ao final das contas, a comentada lei quer mesmo é:

[...] ensejar aos contratantes privados (os parceiros), nas “concessões” administrativas tanto como particulares, vantagens e garantia capazes de atender aos mais venturosos sonhos de qualquer contratado. Pretendeu atribuir-lhes os benefícios a seguir indicados, e que existem tanto na concessão administrativa quando na concessão patrocinada, assim como também ofertou aos seus financiadores benefícios surpreendentes (MELLO, 2007).

Conforme Marques Neto (2008), tais argumentos baseiam-se em dois pressupostos grotescamente equivocados. O primeiro de que existe um regime imutável de contrato administrativo de foro constitucional, no qual é inadmissível a utilização de prerrogativas mais largas para dimensionar o prazo e as garantias aos particulares na prestação do serviço, mesmo que haja uma peculiaridade no objeto do contrato e um interesse geral na sua consecução. O segundo consiste na ideia de que o regime da concessão pressupõe a prestação direta do serviço ou utilidade ao usuário e pagamento do valor da contraprestação mediante tarifa. Ocorre que, a leitura do art. 175, da CF/88, permite concluir que a concessão consiste em uma: (i) delegação da prestação de um serviço público; (ii) regida por um contrato de caráter especial; (iii) que estabelece uma relação prestacional ofertada aos utentes, com respeito aos seus direitos; (iv) baseada não no pagamento obrigatório de tarifa, mas numa política tarifária, que implica em conferir uma margem de liberdade ao legislador e à Administração para fixar o arranjo de remuneração mais apto ao interesse público; e, por fim, (v) observando os parâmetros de adequabilidade. Deste modo, não há que se falar em prestação direta do usuário e pagamento do valor da contraprestação mediante tarifa como requisitos intrínsecos ao instituto.

No que tange à crítica voltada ao regime especial do contrato de PPP, que supostamente beneficiaria demasiadamente os particulares, constitui um grande equívoco associar automaticamente regras que visam uma maior confiabilidade contratual à um benefício desmedido aos investidores. A questão da proporcionalidade dos benefícios de uma PPP é algo que só pode ser constatado diante de um caso concreto, observando as especificidades do objeto e dos mecanismos contratuais adotados.

Tratando-se especificamente da legislação federal, existem 05 (cinco) principais pontos polêmicos, que se referem à: (i) vinculação de receitas, (ii) instituição de fundos especiais, (iii) criação de empresa estatal garantidora; (iv) mecanismos de resolução de disputas, inclusive arbitragem, e (v) assunção – por financiador – do controle da sociedade de propósito específicos.

Relativamente à vinculação de receitas, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que “ há grosseira inconstitucionalidade na previsão do art. 8º, I, segundo o qual obrigações pecuniárias da Administração resultantes da parceria poderiam ser garantidas por vinculação de receitas” (MELLO, 2007).

Tal argumento baseia-se numa interpretação do art. 167, IV, da CF/1988, segundo a qual a vinculação só pode ser excepcionada nos casos que especifica, consoante ali mesmo está previsto e estampado de maneira exuberantemente clara, ressaltando-se que a única remissão que nele se faz ao tema de prestação de garantias concerne a operações de créditos por antecipação de receita, ou a pagamento de créditos da União (§ 4º do mesmo artigo).

Contudo, Jose dos Santos Carvalho Filho defende a constitucionalidade do dispositivo. Segundo ele o próprio artigo 167, IV, da CRFB, prevê algumas hipóteses em que a vinculação é admitida, sendo uma delas a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, matéria passível de se prevista na lei orçamentária anual, nos termos do artigo 165, § 8º da CRFB.

Quanto aos fundos especiais, parte da doutrina compreende pela inconstitucionalidade do disposto no art. 8º, II, da lei 11.079/2004, pelo fato fundamento de que os referidos fundos são constituídos com bens públicos, o que não é possível, haja vista que, bens públicos, não são suscetíveis de penhora, nem de qualquer modalidade de apoderamento forçado, além do que, a forma pela qual credores públicos se saciam, quando não hajam sido regularmente pagos, é a prevista no art. 100 da Constituição, isto é, com o atendimento dos precatórios.

Entretanto, diversos autores defendem a constitucionalidade do FGP, a exemplo de Carlos Ari Sundfeld, que afirma:

O oferecimento de garantia pelo FGP – que, não sendo por ele honrada, levará a uma execução nos moldes privados – em nada se choca com o disposto no art. 100 da CF, que submete ao regime de precatório a execução de débitos das pessoas de direito público. A execução contra o FGP será privada, porque privada é sua personalidade – e, portanto, privados são seus bens. São lícitas a desafetação e a transferência de bens do domínio público para o privado (isto é, para o patrimônio do FGP) justamente para permitir sua utilização como lastro real de garantias oferecidas, em regime privado, pelo FGP aos concessionários. Aliás, tais desafetação e transferência são justamente o que ocorre em toda criação de empresa estatal, que fica, como se sabe, sujeita ao regime privado, inclusive quanto à execução de suas dívidas.

A medida de modo algum implica a criação, por via de lei, de um sistema de execução de débitos públicos paralelo ao disposto no art. 100 da CF. Isso é evidente: a execução contra o parceiro público – seja movida pelo concessionário, seja pelo garantidor – será sempre a do citado art. 100. O que se submete a outro regime é a execução do débito contraído por uma pessoa privada – o FGP – ao prestar contratualmente uma garantia de pagamento de débito público. Evidentemente, o uso dessa solução está circunscrito às possibilidades patrimoniais da empresa pública FGP, não podendo se generalizar. Por isso, descabe falar em burla à norma constitucional. (SUNDFELD, 2011).

Na mesma esteira, Guimarães (2009), afirma quem o FGP é uma hipótese lícita de criação de unidade administrativa de direito privado para atuar no interesse da Administração, legitimada pelo exercício da auto-organização do aparelho estatal, com vistas ao cumprimento de certas políticas de estruturação e organização do aparelho administrativo, que tem raízes na discricionariedade estatal.

Outro ponto questionado pela doutrina diz respeito ao previsto no artigo 165, § 9º, II da Constituição Federal, que exige lei complementar para a instituição de fundos, e o artigo 71 da lei 4.320/1964 – disposições gerais de direito financeiro – proíbe que os fundos possam ser objeto de garantia pecuniária.

José dos Santos Carvalho Filho aborda essa questão no sentido de que o dispositivo constitucional tem cunho genérico, e refere-se ao estabelecimento de normas gerais sobre fundos, e não a instituição de um fundo específico, sendo legítima a instituição deste por lei ordinária. Já no que se refere a Lei 4.320/1964, ele esclarece o seguinte:

O dispositivo da lei n. 4.320/1964 apenas impõe que as receitas dos fundos se vinculem a objetivos predeterminados, nada impedindo, portanto, que entre tais objetivos esteja o de garantir dívidas contraídas para a execução de parcerias público-privadas. (CARVALHO FILHO, 2015).

A inadmissibilidade de criação de empresa estatal garantidora de obrigações oriundas de uma PPP, sustentada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2007), consiste na justificativa de que há um evidente desnaturamento da índole de tais entidades - concebidas que são para prestar serviços públicos ou para desenvolver empreendimentos econômicos, e não para servir de garantias a créditos de terceiros. Para o autor esta prática visa buscar por vias transversas os mesmos fins que os fundos não podem atingir, em evidente burla ao sistema de satisfação de créditos insolutos contra o Poder Público, estabelecido no art. 100, da CF/1988.

Binenbojm, diferentemente, defende a legitimidade da “constituição de uma entidade de direito privado para funcionar como fundo garantidor”, com amparo no art. 173, § 1º, inciso II, da Carta da República, a ainda segundo o autor:

[...] nada impede, de fato, que o Poder Público constitua uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista (ou uma subsidiária dessas entidades) cujo objeto social seja o de garantir determinados projetos, concebidos no formato de PPP. Trata-se de um aspecto da atividade de fomento, que pode ser desempenhada por pessoas estatais de direito privado. Ora, segundo o art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações cíveis, comerciais, trabalhista e tributárias. (BINENBOJM, 2005).

As questões quanto ao uso da arbitragem para dirimir os conflitos entre o particular e o Poder Público já foram tratadas em tópico específico deste trabalho. A

repulsa dessa prática por parte da doutrina consiste na alegação de que os interesses concernentes a serviços públicos seriam indisponíveis e, portanto, não estariam sujeitos aos métodos privados de resolução de contendas.

Acerca da indisponibilidade do interesse público, Binebojm sustenta que não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais ou indisponibilidade do interesse público, concluindo que a disponibilidade dos direitos patrimoniais envolvidos em um contrato administrativo, corresponde um poder da Administração de convencionar a cláusula de arbitragem, sem que isso importe disposição do interesse público (BINENBOJM, 2005).

No que respeita a assunção, por financiador, do controle da sociedade de propósitos específicos, o festejado Celso Mello assevera, que:

É desenganadamente inconstitucional a possibilidade conferida à Administração pelo art. 52, § 22, I, de autorizar a transferência do controle de tal sociedade para os financiadores da parceria sem que estes previamente demonstrem capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço quando o objetivo for reestruturá-la financeiramente e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. O art. 37, XXI, da Constituição, mesmo pretendendo reduzir ao máximo as exigências a serem feitas para os pretendentes a eventual travamento de contrato com a Administração, não abriu mão de exigências de qualificação técnica e econômica indisponíveis à garantia do cumprimento das obrigações. (MELLO, 2007).

Por outro lado, Marçal Justen Filho (2005), aponta que nem toda mudança societária da SPE terá o condão de impor a reavaliação dos requisitos subjetivos do parceiro privado. Em suma, a modificação da identidade dos sócios de uma pessoa jurídica contratada pela Administração não se embaralha com a modificação da identidade da pessoa por ela contratada.

Segundo o autor:

O fato de um dos sócios retirar-se não afeta a identidade da própria sociedade. Se, tal como cogitado no exemplo acima, o sujeito que participa

do contrato é uma companhia, juridicamente irrelevante (de regra) a alteração da pessoa dos sócios.

Mas essa irrelevância não pode ser estabelecida em termos absolutos. Existem situações em que a modificação dos sócios afeta o interesse da parte que contratou com a pessoa jurídica. Assim se passa no âmbito do Direito Privado, mas, muito mais frequentemente, também no campo do Direito Público. A alteração da composição societária pode afetar a satisfação do interesse público, em algumas circunstâncias. (JUSTEN FILHO, 2005)

Por fim, conforme leciona Luis Eduardo Patrone Regules, caso o investidor privado venha a assumir o controle da SPE, não se vislumbra a necessidade deste novo controlador expressar anuência às cláusulas contratuais firmadas pela sociedade, visto que decorre logicamente da assunção do controle societário pelo financiador o cumprimento das obrigações contraídas anteriormente pela SPE. (REGULES, 2008).

4. CAPÍTULO III: PARÂMETROS DE EFICIÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA NOS CONTRATOS DE PPP: UMA ANÁLISE DE CASOS.

4.1. Linha 4-Amarela do Metrô de São Paulo

A Linha 4-Amarela do Metrô de São Paulo foi a primeira PPP a ser realizada no Brasil, sendo, ainda hoje, a única linha de metrô do estado a funcionar com gestão privada. Este projeto foi pioneiro em automação total na América Latina e transporta mais de 700 mil passageiros por dia.

Destaca-se o fato de a concessionária responsável pela operação e manutenção da Linha 4 Amarela do metrô de São Paulo alcançar em 2017 o sexto ano de operação comercial plena registrando média superior a 90% de aprovação no Índice de Satisfação Geral dos usuários. Sob responsabilidade do Instituto DataFolha, a pesquisa é realizada semestralmente por exigência do contrato de concessão.

O contrato fora assinado em 29 de novembro de 2006, tendo como prazo de concessão 32 (trinta e dois) anos. Os investimentos totais da obra perfazem o montante de R\$ 6.700.000.000,00 (seis bilhões e setecentos milhões reais), dos quais R\$ 2.100.000,00 (dois bilhões e cem milhões de reais) foram desembolsados pelo parceiro privado, enquanto que, R\$ 4.600.000.000,00 (quatro bilhões e seiscentos milhões de reais) foram disponibilizados pelo Poder Público.

A concessão é da modalidade patrocinada e tem como objeto a exploração dos serviços compreendida em três fases progressivas, quais sejam: (i) seis estações (Butantã, Pinheiros, Faria Lima, Paulista, República e Luz) e o Pátio de Manutenção de Vila Sônia; (ii) todas as estações previstas, incluindo as 06 (seis) da primeira fase; (iii) operação sobre trilhos do trecho compreendido entre as Estações Vila Sônia e Taboão da Serra. Totalizando 13km (treze quilômetros) e 11 (onze) estações.

O valor do contrato é de R\$ 790.000.000,00 (setecentos e noventa milhões de reais) e a remuneração da concessionária é dividida em duas parcelas: a) receita

tarifária, obtida por meio de tarifa de remuneração, estipulada em valor fixo, paga por passageiro transportado e b) contraprestação pecuniária anual pelo Poder Concedente. O contrato também prevê outras receitas decorrentes da exploração de atividades acessórias.

Para garantir o fiel e pontual pagamento das parcelas da contraprestação pecuniária contratualmente fixadas, a Companhia Paulista de Parcerias (CPP) assumiu a posição de fiadora do Poder Concedente, respondendo solidariamente pela inadimplência deste até o limite de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). Adicionalmente, a CPP também assumiu, em caráter irrevogável e irretratável, a condição de fiadora solidariamente responsável com o Poder Concedente pelos seguintes riscos e obrigações: (i) atrasos das Fases I e II; (ii) demora na emissão da ordem de serviço; e (iii) multas compensatórias de rescisão. Em garantias das fianças prestada em relação às suas obrigações solidárias, a CPP celebrou em 22.12.2006 contrato de penhor com a Concessionária ViaQuatro, empenhando quotas do Fundo RF Linha 4 com valor total de R\$ 210.000.000,00 (duzentos e dez milhões de reais).

A cláusula 11ª do contrato dedicou-se a estabelecer mecanismos de mitigação de riscos, que foram integralmente assumidos pelo Poder Concedente ou foram compartilhados com a Concessionária.

Já a cláusula 12ª lista, explicitamente, quais são alocados à Concessionária e quais são assumidos pelo Poder Concedente. São riscos da Concessionária: (i) variações de custos nas obrigações que lhe são imputáveis, com relação ao previsto no Plano de Negócios; (ii) aumento do custo de empréstimos e financiamentos por ela assumidos para realização de investimentos ou custeio das operações objeto da concessão, em relação ao previsto no Plano de negócios; (iii) variações de demanda de passageiros após o transcurso do prazo de 6 anos, contados do início da operação comercial da fase II, em relação ao previsto nos Estudos de Reprojeção de Demanda.

De outro lado, são riscos retidos pelo Poder Concedente: (i) verificação de demanda real de passageiros inferior a 60% da demanda projetada pelo Poder Concedente, por 2 trimestres consecutivos, após transcorridos 6 meses do início da operação comercial em horário pleno da Fase I; (ii) quando a demanda prevista para

a Fase II, nos Estudos de Reprojeção de Demanda, significar uma demanda total inferior a 75% da demanda inicialmente projetada pelo Poder Concedente para a Fase II; (iii) quando houver alteração na razão entre o total de passageiros transportados no trecho crítico na hora pico e o total de passageiros transportados previstos na Demanda Projetada e nos Estudos de Reprojeção de Demanda; (iv) criação, extinção ou alteração de tributos ou encargos legais, que tenham repercussão direta nas receitas tarifárias ou despesas da Concessionária, para mais ou para menos, relacionados especificamente com a prestação dos serviços objeto da Concessão; (v) incidência de ICMS na aquisição de material rodante e de sistemas incluídos nos investimentos da Concessionária; (vi) incidência de ICMS ou ISS na Tarifa de Remuneração devida à Concessionária; (vii) modificação unilateral, imposta pelo Poder Concedente, nas condições do Contrato, inclusive a futura extensão do modal metrô até a Estação Taboão da Serra (Fase III), desde que, como resultado direto dessa modificação, verifique-se para a Concessionária alteração substancial dos custos ou da receita, para mais ou para menos; (viii) ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, salvo quando a sua cobertura seja aceita por instituições seguradoras bem conceituadas, no mercado brasileiro ou internacional, dentro de condições comerciais razoáveis; (ix) falta de funcionamento da frota de trens na Linha C12, indicada nos Estudos de Reprojeção de Demanda, quando do início da operação comercial da Fase II; (x) exigência de índices de desempenho mais rigorosos para prestação do serviço concedido, que acarretem encargos adicionais para a Concessionária; quando houver variação na taxa de câmbio do Real em face do Dólar norte-americano, que cause um impacto de variação cambial no serviço da dívida em moeda estrangeira, sendo considerado, para fins de recomposição, apenas 50% do impacto cambial; (xi) atrasos na implantação e operação do sistema de arrecadação centralizada ou no caso de a ViaQuatro ser impedida de exercer seus direitos no âmbito do Comitê Gestor de Integração, que resultem em prejuízo para a Concessionária¹³; (xii) outras hipóteses expressamente previstas no Contrato.

O Contrato da Linha 4 prevê os institutos da mediação e da arbitragem para soluções de eventuais controvérsias. Nos termos contratuais, a mediação poderá ocorrer quando houver algum tipo de controvérsia relacionada à interpretação ou execução do Contrato, inclusive quando a questão for relacionada com o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Esse procedimento pode ser instaurado por

qualquer das partes mediante comunicação escrita endereçada à outra parte, que poderá se recusar a participar do procedimento.

Com efeito, a solução amigável eventualmente apresentada pelo Comitê de Mediação não será vinculante para as partes, que poderão optar por submeter a controvérsia ao juízo arbitral ou ao Poder Judiciário, conforme o caso. Caso a solução seja aceita, as partes deverão incorporá-la ao Contrato mediante termo aditivo.

As divergências, que não forem solucionadas pelo procedimento de mediação, deverão, obrigatoriamente, por força de contrato, serem encaminhadas para a Arbitragem, de acordo com a Lei nº 9. 307/96. O Contrato de Concessão específica que eventual arbitragem deverá ser instaurada e administrada pela Câmara de Comércio Internacional, conforme as regras de seu Regulamento, devendo ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, e aplicar o direito brasileiro. Cumpre notar que, de acordo com o Contrato de Concessão, a parte que recusar a assinatura do compromisso arbitral, após devidamente intimada, incorrerá também na multa cominatória no valor de R\$ 50.000,0023 por dia de atraso, até que cumpra efetivamente a obrigação.

O Tribunal Arbitral deverá ser composto por 3 membros titulares e 3 suplentes, cabendo a cada parte indicar um titular e um suplente. O terceiro árbitro e seu suplente serão escolhidos de comum acordo pelos dois titulares indicados pelas partes, devendo ter experiência mínima de 10 anos e registro profissional no Brasil na especialidade objeto da controvérsia. A presidência do Tribunal Arbitral caberá ao terceiro árbitro.

Não havendo consenso, o Terceiro árbitro e seu suplente serão indicados pela Câmara de Comércio Internacional, observados os requisitos do item anterior. A parte que perder o procedimento arbitral ficará encarregada de arcar com todos os custos do procedimento, incluído os honorários dos árbitros.

Por fim, o Foro Central da Comarca de São Paulo foi escolhido como competente para dirimir as controvérsias que não forem sujeitas a arbitragem ou assim

como para apreciar as medidas judiciais previstas no item anterior ou a ação de execução específica prevista no artigo 7º da Lei nº 9.307/96.

4.2. O Hospital do Subúrbio de Salvador

Situado em Periperi, na populosa e carente região do Subúrbio Ferroviário de Salvador, o Hospital do Subúrbio foi o primeiro projeto de PPP na área da saúde no Brasil. Inaugurado em 13 de setembro de 2010, o empreendimento teve um investimento de cerca de R\$ 54.000.000,00 (cinquenta e quatro milhões de reais) por parte do governo estadual, sendo que, os investimentos iniciais pelo parceiro privado para equipar e iniciar os atendimentos foram de, aproximadamente, R\$ 36.000.000,00 (trinta e seis milhões).

Segundo a SEFAZ – Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, o hospital, inicialmente com 298 leitos, sendo 30 em internação domiciliar, passou a contar com 373 leitos a partir de março de 2012, sendo 60 em internação domiciliar, e se destina ao atendimento de alta complexidade para crianças e adultos, especificamente urgências e emergências clínicas, cirúrgicas e traumato-ortopédicas. Inclui, ainda, neurocirurgia e endoscopia digestiva.

O hospital acumula quatro prêmios internacionais como reconhecimento do competente trabalho que tem realizado, baseado numa assistência multidisciplinar, individualizada, cuidadosa e humanizada. Em 2012, a publicação Infrastructure 100: World Cities Edition, resultado de uma pesquisa patrocinada pela empresa de consultoria KPMG International, sediada na Inglaterra, classificou o projeto de parceria público-privada do Hospital do Subúrbio como um dos 100 melhores projetos do mundo no setor de infraestrutura pública, estando entre os 10 projetos líderes na área da saúde.

Em 2013, no mês de janeiro, o HS destacou-se como “Melhor Projeto de Saúde da América Latina” no Public-Private Partnerships Awards 2013, promovido pela revista britânica World Finance. Em abril, o hospital recebeu o seu terceiro prêmio internacional, desta vez concedido pelo International Finance Corporation (IFC) – membro do Grupo Banco Mundial – juntamente com o Infrastructure Journal, que o

classificaram entre os 10 melhores projetos de parceria público-privada da América Latina e do Caribe.

Em junho de 2015, o hospital recebeu o Prêmio do Serviço Público das Nações Unidas (UNPSA) na categoria “Melhoria na Entrega de Serviços Públicos”, conquistando o segundo lugar entre as iniciativas da América Latina e Caribe. Nacionalmente, o Hospital do Subúrbio foi contemplado com dois prêmios. Em 2011, recebeu o troféu “Amigo do Transplante”, como reconhecimento da sua atuação no incentivo à doação de órgãos e tecidos no estado da Bahia. Em outubro de 2015, a unidade recebeu o Prêmio Luiz Plínio Moraes de Toledo – Práticas Inovadoras 2015, durante o VII Fórum Internacional de Qualidade em Saúde IQG, em São Paulo.

A concessão do Hospital do Subúrbio é do tipo administrativa, e conta com um modelo integral de gestão privada, em que a concessionária é responsável tanto pela gestão predial (serviços não assistenciais) quanto pelo atendimento médico aos usuários. Essa modalidade é conhecida como gestão “bata branca” (assistência hospitalar à população pelo concessionário). Já nos casos de “bata cinza”, a responsabilidade do setor privado restringe-se à gestão predial (engenharia clínica), limpeza, manutenção, segurança, recepção, entre outros), com a assistência médica hospitalar permanecendo sob a responsabilidade do Estado. Especialistas em PPP afirmam que umas das razões do sucesso do Hospital é a gestão total por parte do parceiro privado.

O prazo da concessão será de 10 (dez) anos e a remuneração da concessionária se dá unicamente através de contraprestação pública. O HS tem sua gestão, operação e equipagem sob o comando da empresa Prodal Saúde S.A., fruto de uma parceria entre a brasileira Promédica, especializada em serviços de saúde, e a francesa Dalkia, especializada em serviços de *facilities* e projetos de infraestrutura. Comprada em 2013 pelo fundo Axxon e por investidores minoritários, passou a se chamar Vivante. No final do contrato, todos os bens que integram a estrutura do local serão revertidos ao Governo do Estado da Bahia.

Para receber pelos serviços prestados, a Prodal precisa cumprir 90% das metas de atendimento, que são semelhantes às adotadas por hospitais privados,

como o Albert Einstein e o Sírio Libanês (São Paulo), listados entre os melhores do País.

A remuneração principal do concessionário consiste no pagamento da contraprestação pecuniária mensal por parte do Estado. Segundo o edital, fica proibido ao concessionário utilizar outras fontes de renda, com exceção de duas atividades especificadas em contrato: realização de pesquisa médica e atividades relacionadas à alimentação dos usuários.

O cálculo da contraprestação devida ao parceiro privado é dividido em duas variáveis: indicadores quantitativos e indicadores de desempenho, sendo 70% do valor da contraprestação calculado a partir dos primeiros e os 30% restantes calculados a partir dos indicadores de desempenho.

Os indicadores quantitativos são condições médico-hospitalares em que o concessionário atende à demanda do Hospital. Estão subdivididas em três categorias às quais são atribuídos pesos diferentes, quais sejam: internação hospitalar (72,5%); índices de urgência e emergência (21%); serviços de apoio e diagnóstico terapêutico (6,5%). Já os indicadores de desempenho, compõe um grupo de nove atividades previstas para serem realizadas pelo concessionário. A avaliação do cumprimento, diferente dos indicadores quantitativos, é feita de modo binário (“cumpriu / não cumpriu”). São eles: auditoria operacional; desempenho da atenção aos pacientes; qualidade da atenção aos pacientes; gestão clínica; inserção no Sistema de Saúde; gestão de pessoas; desempenho na área de controle social; desempenho na área de Humanização; desempenhos relacionados à Acreditação.

A contraprestação recebida pelo parceiro privado está 100% relacionada ao cumprimento dos indicadores previstos no contrato. A lógica da parceria funciona da seguinte forma: conforme aumenta a qualidade e a conformidade segundo o contrato dos serviços prestados à população, maior será a contraprestação pecuniária recebida pelo parceiro privado, respeitando o teto máximo contratual.

Desde o início da concessão até o ano de 2014, o valor do contrato sofreu algumas revisões. Passou de R\$ 103,5 milhões para R\$ 151,5 milhões por ano, um

aumento de mais de 40%. Além de cobrir a alta dos custos, em grande parte causada por uma demanda bem acima do previsto, tal variação se deve à ampliação do número de leitos, internações e procedimentos em relação ao previsto no contrato original. Ainda assim, o custo por paciente do Hospital do Subúrbio continua competitivo em relação a hospitais similares administrados diretamente pelo Estado, porque o aumento de custos atinge toda a rede hospitalar.

Conforme a cláusula 16ª do contrato, a concessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à concessão, excluindo-se as hipóteses da subcláusula 16.2, que são de responsabilidade do Poder Concedente e referem-se à: (i) decisão judicial ou administrativa que impeça ou impossibilite a concessionária de prestar serviços, ou que interrompa ou suspenda o pagamento da contraprestação; (ii) descumprimento pelo Poder Concedente de suas obrigações contratuais ou regulamentares; (iii) atrasos ou inexecução das obrigações da concessionária causadas pela demora ou omissão do Poder Concedente; (iv) atraso no cumprimento do cronograma por razões imputáveis aos responsáveis pela fiscalização e entrega da Unidade Hospitalar; (v) fatores imprevisíveis, fatores previsíveis de consequências incalculáveis ou ainda caso fortuito ou força maior, que em condições de mercado, não possam ser objeto de cobertura de seguros; (vi) alteração pelo Poder Concedente dos encargos atribuídos à concessionária no contrato; (vii) alterações na legislação e regulamentação, inclusive acerca de criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos e das exigências para gestão e operação das Unidades Hospitalares; (viii) omissão ou falhas na regulação ou funcionamento da rede de saúde pública em especial quanto à remoção e transferência de usuários da Unidade Hospitalar, que comprometam o atingimento dos Indicadores Quantitativos e dos Indicadores de Desempenho da concessão.

Quanto as garantias, conforme a cláusula 18.7, a concessionária, durante o prazo da concessão, deverá contratar e manter em vigor diversos seguros relativos à: riscos de engenharia; riscos operacionais; frota de veículos; responsabilidade civil decorrentes das atividades abrangidas pela concessão. Consoante a cláusula 19ª, a concessionária ainda deverá manter em favor da SESAB – Secretária de Estado da Saúde da Bahia, como garantia fiel do cumprimento das obrigações contratuais, uma garantia de execução do contrato, no valor de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de

reais) para o primeiro ano do prazo da concessão e R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) para os demais anos do prazo da concessão. Como garantia do pagamento da contraprestação mensal efetiva, conforme dispõe a cláusula 20ª, estas serão adimplidas por meio da transferência de recursos apartados, provenientes das receitas futuras do FPE destinado ao Estado da Bahia, por todo o prazo da concessão.

Por fim, no que tange a solução de eventuais controvérsias relacionadas ao contrato, a cláusula 32.1 prevê constituição de uma Comissão Técnica para solver divergências de natureza técnica e/ou de natureza econômica financeira, enquanto que, a cláusula 32.2, estabelece a Arbitragem como meio de solução para os demais conflitos.

5. CONCLUSÃO

Diante do atual cenário político, marcado por falhas governamentais e ineficiência na produção, a busca de soluções para o desenvolvimento da infraestrutura nacional e para a efetiva prestação de serviços públicos, é medida que se faz necessária, e adquire altíssima relevância no âmbito da Administração Pública e da sociedade como um todo.

É cediço que, ao longo dos anos, as parcerias entre os setores público e privado foram comumente utilizadas como forma de superar as crises do Estado e garantir a prestação dos serviços de interesse geral. Não obstante, os arranjos negociais tradicionais de contratações públicas, até então previstos pela legislação pátria, por muitas vezes, desestimulam a participação do setor privado, impedindo o aporte de verbas necessário para o desenvolvimento de projetos de grande vulto.

Nesse contexto, a parceria público-privada, instituída pela lei 11.079/2004, surge como uma opção de cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada, que apresenta um grande leque de ferramentas possíveis para serem utilizadas na melhoria e mais rápida correção da infraestrutura do país.

A lei de PPP apresenta peculiaridades e mecanismos contratuais modernos, que visam tanto a promoção do bem público quanto a atratividade à iniciativa privada. As vantagens potenciais oferecidas por este tipo de parceria consistem em uma maior flexibilidade na relação entre as partes e em um sistema de remuneração e garantias que estimulam a eficiência e a segurança jurídica na prestação dos serviços públicos.

Além disso, os princípios e diretrizes trazidas pela lei 11.079/2004 em conjunto com a legislação correlata já existente, constituem um excelente instrumento de controle e fiscalização dos gastos públicos, permitindo, ainda, inibir com eficácia abusos e ingerências, de ambas as partes, na qualidade de execução dos empreendimentos.

Apesar de ser um instituto relativamente novo e bastante questionado por parte da doutrina, as experiências nacionais e internacionais de PPPs, apontam resultados positivos em diversas áreas como saúde, transporte coletivo e segurança, representando, assim, um incontestável avanço no âmbito das contratações públicas.

6. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição*. Revista eletrônica de direito administrativo econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em 16 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em 29 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>. Acesso em 18 out. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015

CRUZ, C. O.; MARQUES, R. C. *O Estado e as Parcerias Público-Privadas*. Lisboa: Editora Sílabo, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FORTINI, Cristiana. *Mudanças na disciplina nacional das PPPs: uso intensificado, riscos não abordados*. Revista Consultor Jurídico. 8 fev. 2018.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRILO, Leonardo Melhorato; ALVES, Rubens T. *Guia Prático de Análise do Value for Money em Projetos de PPP*. São Paulo, 2011.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A experiência brasileira nas concessões de serviço público*. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 42, mar. 2007

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *A constitucionalidade do sistema de garantias ao parceiro privado previsto pela Lei Geral de Parceria Público-Privada – em especial, da hipótese dos fundos garantidores*. R. Jurídica, Curitiba, n. 23, Temática n. 7, p. 11-56, 2009-2.

Hospital do Subúrbio (Bahia). Radar PPP. Disponível em: <https://www.radarppp.com/resumo-de-contratos-de-ppps/hospital-do-suburbio-bahia/>. Acesso em 15 nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Linha Amarela. Plataformas Digitais de Parcerias. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/123>. Acesso em 14 nov. 2018.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015

Metrô de São Paulo – Linha 4 Amarela (Estado de São Paulo). Radar PPP. Disponível em: <<https://www.radarppp.com/resumo-de-contratos-de-ppps/metro-de-sao-paulo-linha-4-amarela-estado-de-sao-paulo/>>. Acesso em 17 nov. 2018.

MONTEIRO, Vera. *Legislação de parceria público privada no Brasil – aspectos fiscais desse novo modelo de contratação*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005).

MUKAI, Toshio. *Parcerias Público-Privadas*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2006

NETO, Caio Mário da Silva Pereira. et al. *Regulação, Direito e Democracia*. Org. José Eduardo Faria. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

NETO. Floriano de Azevedo Marques. *Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas o risco nos contratos de delegação*. In SOUZA, Mariana Campos de (coord.) *Parceria Público-Privada*. Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NUNES, S. P. P. *Contra o vale tudo da PPP*. Instituto de Estudos Sócio-Econômicos. Nota Técnica. Brasília, n. 87, abr. 2004.

OLIVEIRA, Renata Fialho de; GRUENBAUM, Daniel. *Sociedade de propósito específico nas parcerias público-privadas*. In SOUZA, Mariana Campos de (coord.) *Parceria Público-Privada*. Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PEIXINHO, Manoel Messias. *As Parcerias Público-Privadas no Direito Estrangeiro e no Brasil: Instrumentos de concretização de Políticas Públicas e de Direitos Fundamentais*. In: PEIXINHO, Manoel Messias (Org.). *Marco Regulatório das Parcerias Público-Privadas no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Da administração pública burocrática à gerencial*. Revista do Serviço Público, 47(1) janeiro-abril. 1996.

PESSOA, Robertônio Santos. *Administração e regulação*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PRADO, Lucas Navarro; RIBEIRO, Maurício Portugal. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: Fundamentos Econômicos e Jurídicos*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2007.

Projeto Hospital do Subúrbio. SEFAZ. Disponível em: https://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projeto_hospitalsuburbio.htm. Acesso em: 12 nov. 2018.

SANTOS, Ânderson Ferreira dos. *Evolução dos Modelos de Administração Pública no Brasil*. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Edição 04. Ano 02, Vol. 01. pp 848-857, Julho de 2017.

SHINOHARA, Daniel Yoshio; SAVOIA, José Roberto Ferreira. *Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Barueri, SP: Manole, 2008.

SILVA, Marco Aurélio Barcelos. *Parcerias Público-Privadas no Brasil – O papel didático da lei do Estado de Minas Gerais*. In SOUZA, Mariana Campos de (coord.) *Parceria Público-Privada. Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011)

SUNDFELD, C. A. *O arcabouço normativo das parcerias público-privadas no Brasil*.
Revista do TCU, Brasília, DF, n.104, abr./jun.2005.